

GERSON AMAURI CALGARO

**O DIREITO PRIVADO E A EFETIVIDADE
DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS**

**UNIFIEO - CENTRO UNIVERSITÁRIO FIEO
OSASCO - SP**

2005

GERSON AMAURI CALGARO

© DIREITO PRIVADO E A EFETIVIDADE
DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

UNIFESP - CENTRO UNIVERSITÁRIO FIEO
OSASCO - SP
2003

T

C154d

GERSON AMAURI CALGARO

**O DIREITO PRIVADO E A EFETIVIDADE
DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS**

Trabalho apresentado ao Curso de Pós-graduação em Direito do UNIFIEO – Centro Universitário FIEO, como requisito parcial para a obtenção do título de Mestre.

Orientadora: Profa. Dra. Rosa Maria Barreto Borriello de Andrade Nery

Área de concentração: “Positivção e Concretização Jurídica dos Direitos Humanos”, dentro do projeto “Colisão e Controle dos Direitos Fundamentais”, inserido na linha de pesquisa “Efetivação Jurisdicional dos Direitos Fundamentais”

UNIFIEO - Centro Universitário FIEO
Osasco - SP
2005



CDU	T
PHA	C.154.a.
ASS	J. L. P. M.

Catálogo-na-publicação
Biblioteca da Fundação Instituto de Ensino para Osasco

CALGARO, Gerson Amauri.

O direito privado e a efetividade dos direitos fundamentais / Gerson Amauri Calgaro; orientação: Profa. Dra. Rosa Maria Barreto Borriello de Andrade Nery. Osasco, 2005.

188 f.

Dissertação de Mestrado apresentada ao Curso de Pós-Graduação em Direito do UNIFIEO – Centro Universitário FIEO

1. Direito Privado. 2. Direitos fundamentais. 3. Vinculação aos direitos fundamentais. 4. Efetividade dos direitos fundamentais

BANCA EXAMINADORA

*Para Vanda,
promessa incondicional de amor eterno.*

*Ao Guilherme e a Deborah,
que todos os dias proporcionam uma
nova aventura e um novo aprendizado
acerca da vida.*

*Aos meus pais,
gratidão e reconhecimento pela
paciência com que me acompanham em
minha jornada*

Resumo

CALGARO, Gerson Amauri. O Direito Privado e a efetividade dos direitos fundamentais. Dissertação de Mestrado. Osasco: Centro Universitário FIEO, 2005, 188 p.

A imediata aplicação dos direitos fundamentais em face do Estado é isenta de dúvidas, vinculando todos os entes públicos, ora impondo uma conduta omissiva, ora exigindo uma conduta ativa. A vinculação dos particulares aos direitos fundamentais também não se discute, mas sim a forma como tais direitos atuam: se direta e imediatamente ou indireta e mediadamente. Este trabalho discorre sobre as duas principais correntes e aponta para a vinculação indireta e mediata como solução razoável. Para tanto, faz excuroso pela dogmática dos direitos fundamentais, enfocando a teoria da norma, momento em que propõe a separação lógica entre a aplicabilidade e a efetividade da norma, esta última como potência de realização dos direitos fundamentais e pela teoria dos sistemas, onde destaca a abertura e mobilidade que as cláusulas gerais lhe conferem. Conclui-se o trabalho destacando a realização dos direitos fundamentais dentro do sistema de Direito Privado, indicando-se as possíveis vias para tanto

Palavras-chave: Direito Privado; Direitos fundamentais; Vinculação aos direitos fundamentais; Efetividade dos direitos fundamentais.

Abstract

CALGARO, Gerson Amauri. Private Law and effectiveness of the fundamental rights. [O Direito Privado e a efetividade dos direitos fundamentais]. Dissertação de Mestrado. Osasco: Centro Universitário FIEO, 2005, 188 p.

The immediate application of the fundamental rights against the State is free from doubts, binding all the public entities, imposing either an omissive conduct or demanding an active one. The binding of the particular to the fundamental rights is not a subject of discussion either, but the way these rights are exercised is: if direct and immediately or indirect and mediately. This work is about the two main currents and points at the indirect and mediate bound as a reasonable solution. Therefore, it makes digression for the fundamental rights dogmatic, focusing the theory of the rule, moment when it proposes the logical separation between its applicability and its effectiveness, being the latter the power to exercise the fundamental rights and according to the theory of the systems, where it emphasizes the opening and mobility that the general clauses confer to it. The work conclusion emphasizes the realization of the fundamental rights within the Private Law system, indicating the possible ways to do so.

Key-words: Private Law; Fundamental rights; Binding to the fundamental rights; Effectiveness of the fundamental rights.

Sumário

1.	Introdução.....	10
2.	Direitos fundamentais.....	13
2.1.	Direitos fundamentais – objeto.....	13
2.2.	Direitos fundamentais – aspectos de uma teoria.....	19
2.2.1.	Abordagem histórica.....	19
2.2.2.	Caracterização dogmática dos direitos fundamentais.....	23
2.2.3.	Fundamentalidade dos direitos fundamentais.....	25
2.2.4.	Direitos fundamentais subjetivos e objetivos.....	28
2.2.4.1.	Direitos fundamentais subjetivos.....	30
2.2.4.2.	Direitos fundamentais objetivos.....	34
2.2.5.	Normas de direitos fundamentais.....	39
2.2.5.1.	Acerca da noção de norma jurídica.....	39
2.2.5.2.	Regras e princípios como normas.....	42
2.2.6.	Conflitos e colisões entre as normas de direitos fundamentais	45
2.2.6.1.	Conflitos entre regras.....	46
2.2.6.2.	Colisão de princípios.....	51
3.	Os problemas da aplicabilidade e efetivação dos direitos fundamentais.....	55
3.1.	Introdução.....	55
3.2.	Aplicabilidade, efetividade: noções e alcance.....	57
3.2.1.	Aplicabilidade das normas.....	59
3.2.1.1.	Noções precedentes.....	61
3.2.1.2.	Noções conseqüentes.....	66
3.2.2.	Efetividade como realização.....	69
3.3.	Eficácia dos direitos fundamentais.....	77
3.3.1.	A eficácia das normas constitucionais e o problema da efetividade.....	77
4.	A eficácia e a efetividade das normas de direito fundamental em relação aos destinatários.....	85

4.1.	Introdução.....	85
4.2.	A vinculação dos entes públicos aos direitos fundamentais....	87
4.2.1.	A vinculação do legislador.....	90
4.2.2.	A vinculação da administração.....	93
4.2.3.	A vinculação dos órgãos judiciais.....	94
4.3.	A efetividade no âmbito dos entes públicos.....	98
4.4.	A vinculação dos particulares aos direitos fundamentais.....	104
4.4.1.	Os direitos fundamentais e o ordenamento jurídico.....	104
4.4.1.1.	Noções de ordenamento e de sistema jurídico.....	105
4.4.1.2.	Equilíbrio do sistema: cláusulas gerais.....	112
4.4.2.	A Constituição e o Código Civil.....	122
4.4.2.1.	O homem como fundamento do ordenamento jurídico.....	128
4.5.	As doutrinas da eficácia imediata e eficácia mediata dos direitos fundamentais – noções.....	135
4.5.1.	Cláusulas gerais como fator de realização de direitos fundamentais.....	145
5.	Conclusões.....	149
	Referências bibliográficas.....	151
	Anexo A – Recurso Extraordinário nº 201.819-8.....	161
	Anexo B - Recurso Extraordinário nº 271.286.....	183
	Anexo C - Recurso Extraordinário nº 352.940-4.....	185

1. Introdução

Na teoria dos direitos fundamentais, um dos pontos de significativa controvérsia é o alcance de eficácia de suas normas e a possibilidade de sua realização.

Primeiro, frente à dicotomia apresentada no campo da teoria das normas de direito fundamental, onde se fixou a separação entre regras e princípios como espécies do gênero norma jurídica. Deste modo, no âmbito do estudo dos direitos fundamentais, fala-se da diferenciação das normas em normas-princípios e normas-regras, conforme o alcance de suas prescrições.

No corpo da Constituição Federal, onde se acham positivados, primordialmente, os direitos fundamentais, é possível tanto se detectar direitos fundamentais com função de programas a serem observados para a consecução do bem comum (as assim chamadas normas de conteúdo programático), como regras de aplicação direta, que vinculam os sujeitos de uma relação jurídica e que devem ser observadas (as assim chamadas normas de eficácia imediata). Estes problemas serão enfrentados sob distintos enfoques, a partir do entendimento dos direitos fundamentais em sentido subjetivo ou objetivo

Em segundo plano, pela controvérsia acerca de as normas de direito fundamental vincularem diretamente particulares.

Isto como decorrência da incontroversa compulsoriedade da vinculação do Estado aos direitos fundamentais, ora como dever de abstenção, como nos casos dos direitos fundamentais de primeira geração, ora como dever de prestação, nos casos dos direitos sociais, no que se convencionou chamar de eficácia vertical dos direitos fundamentais.

Seguindo a doutrina alemã recente, proceder-se-á a uma análise crítica da eficácia das normas que conferem garantias e direitos fundamentais, concluindo-se pela adoção de nova sistemática.

Partindo-se de uma visão particular acerca do tema da eficácia e da efetividade dos direitos fundamentais, propõem-se nova conformação acerca da aplicação e realização dos direitos, como possibilidade de superação de entraves ao desenvolvimento da dogmática dos direitos fundamentais.

A solução do problema, a exemplo da seara dos chamados direitos fundamentais de primeira geração – apesar de complexa, por envolver um dever de abstenção do Estado e um poder do particular de exigir uma abstenção do Estado –, pode ser resolvido pela aplicação das garantias constitucionais que tutelam a liberdade e a igualdade.

Porém, no âmbito das relações entre particulares, ameaças à liberdade também se podem apresentar.

Nesses casos, nem sempre as garantias constitucionais bastam para pacificar os particulares, posto que, invariavelmente, o conflito que redunde na ameaça à liberdade, envolve interesses legítimos destes particulares; legítimos e constitucionalmente garantidos.

A doutrina tem se debatido acerca da eficácia contra terceiros, ou horizontal, dos direitos fundamentais, também chamada pelos alemães *Drittwirkung*; estes que pioneiramente se debruçaram sobre o tema.

Como resultado dos embates, duas correntes principais se destacaram, uma vinculada à possibilidade de aplicação direta e imediata dos direitos fundamentais sobre as relações entre particulares, outra, vinculada a impossibilidade de tal aplicação se dar ou, ao menos, se dar de forma mediata pelo uso das regras de Direito Privado como normas interpostas.

Contudo, antes mesmo de se debruçar sobre esta discussão, deve-se fixar o alcance das normas e princípios de Direito Privado como meio direto e efetivo de obter solução adequada aos conflitos que de alguma forma atingem direitos fundamentais dos particulares.

Desta discussão surge a necessidade de se posicionar entre as correntes doutrinárias que abordam temas complexos que dizem com a intercalação do Direito Público e do Direito Privado.

No campo do Direito Privado, encontram-se princípios que lhe são próprios e informam a capacidade que o direito confere aos particulares para criarem e regularem situações jurídicas.

Para a abordagem proposta, a discussão terá como base a pessoa como fundamento do ordenamento jurídico e a influência do princípio da autonomia privada, como meio e limite da eficácia dos direitos fundamentais, bem como a vinculação à corrente que defende a aplicação mediata dos direitos fundamentais nas relações privadas.

Discutir-se-á, nesse passo, a possibilidade de utilização das cláusulas gerais como meio de plena consecução das garantias e direitos fundamentais no âmbito das normas de Direito Privado.

O trabalho não tem a ambição de esgotar os temas abordados ao longo do texto, mas espera cumprir com sua função de contribuir com o debate acerca da influência dos direitos fundamentais no ordenamento jurídico, especialmente sob os aspectos da vinculação dos particulares em relação a estes direitos e seu alcance em face do Direito Privado, bem como servir de apoio à reflexão para aqueles que buscarem maior aprofundamento aos temas sumariamente abordados.

Para tanto, como material de pesquisa, impõe-se a limitação a textos de doutrina, tanto nacionais como alienígenas, utilizando-se do recurso da lei e da jurisprudência como forma e meio de ilustração do quanto apresentado no discurso.

2. Direitos fundamentais

*Não ande pelo caminho já traçado,
pois ele conduz somente até onde os
outros já passaram.*

Alexander Graham Bell

2.1. Direitos fundamentais – Objeto.

Para que se possa fazer um estudo, nos limites em que se propõe, acerca da efetividade dos direitos fundamentais, o primeiro passo dado é no sentido de estabelecer o objeto¹ deste estudo, e representá-lo por meio de uma expressão que possa fazer entender ao interlocutor este objeto, motivo pelo qual opta-se pela formulação *direitos fundamentais*².

Qualquer discussão que envolva a problemática dos direitos fundamentais vem qualificada por estimulantes controvérsias decorrentes do que se deva entender por <<teoria dos direitos fundamentais>>.

Isto não só pela dificuldade de se reduzir a um único conceito o <<direito>>, como pelo fato de sua qualificadora, <<fundamental>>, apresentar variado campo de significação, ainda pelo problema que representa a <<teoria>> para a compreensão da metodologia científica.

¹ Nas palavras de Lucia Santaella, “o objeto é aquilo sobre o qual um esforço é desempenhado [...] é algo diverso do signo e [...] este ‘algo diverso’ determina o signo, ou melhor: o signo representa o objeto, porque, de algum modo, é o próprio objeto que determina esta representação; [...] É em virtude da diversidade irredutível entre signo e objeto que Pierce introduz a noção de experiência colateral com aquilo que o signo denota, ou representa, ou se aplica, isto é, seu objeto.” (A teoria geral dos signos. São Paulo: Pioneira, 2000, p. 34-5).

² Esta formulação aparece primeiro na Constituição de Weimar de 1919 e fundamenta o caráter básico da Constituição, conforme leciona Pablo Lucas Verdú. (Los derechos humanos como “religión civil”. Derechos humanos y concepción del mundo y de la vida. Sus desafíos presentes. In.: GRAU, Eros Roberto e GUERRA FILHO, Willis Santiago (Orgs.). Direito constitucional: estudos em homenagem a Paulo Bonavides. São Paulo: Malheiros, 2001. p. 533). A questão da fundamentalidade, porém, será abordada mais a frente.

A guisa de exemplo, Miguel Reale vê, na palavra direito, quatro diferentes acepções, quais sejam: ciência, ordenamento, justiça e poder de agir³. Com outro enfoque, ao seu turno, Vicente Ráo vê o direito "ora como filosofia, ora como ciência, ora como norma, ora como técnica"⁴.

Como referido no título deste trabalho e acima repetido, busca-se desenvolver uma abordagem com temas relacionados aos direitos fundamentais. Com isto toma-se posição ao lado dos que adotam a terminologia <<direitos fundamentais>> para representar o rol de direitos historicamente conquistados pelo homem "institucionalizados juridicamente e constituindo direito objectivamente vigente"⁵ e que tutelam a vida, a liberdade, ou, numa formulação, a dignidade da pessoa humana, rendendo-se à opção do legislador constituinte, sem perder de vista a importância de denominações outras que ilustram até com mais propriedade a origem destes direitos, a exemplo, direitos humanos fundamentais⁶.

Deste modo, faz-se opção pela enunciação proposta por Konrad Hesse, o qual, nas palavras de Paulo Bonavides, enuncia os direitos fundamentais em duas acepções, uma *lata* - os direitos fundamentais "almejam criar e manter os pressupostos elementares de uma vida na liberdade e na dignidade humana"⁷ - e outra, mais restrita - "direitos fundamentais são aqueles direitos que o direito vigente qualifica de direitos fundamentais"⁸.

³ Lições preliminares de direito. 19ª ed. São Paulo: Saraiva, 1991. p. 60-64.

⁴ O direito e a vida dos direitos. 5ª ed. São Paulo: RT, 1999. p. 68.

⁵ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Direito constitucional e teoria da constituição. 2ª ed. Coimbra: Almedina, 1998. p. 105.

⁶ Esta posição está fundamentada no fato de limitar-se o trabalho a discussão do direito legislado. Para se obter uma lista mais detalhada das diversas denominações empregadas, bem como uma defesa mais arguta da posição aqui adotada, remete-se o leitor à: SARLET, Ingo Wolfgang. Eficácia dos direitos fundamentais. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004. p. 33 e segs.

⁷ Konrad Hesse. "Grundrechte", in *Staatslexikon*, v. 2; apud BONAVIDES, Paulo. Curso de Direito Constitucional. 14ª ed., São Paulo: Malheiros, 2004. p. 560.

⁸ HESSE, Konrad. Elementos de direito constitucional da República Federal da Alemanha. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1998. p. 225.

Por certo que a variada possibilidade de denominações sinônimas ou equivalentes para representar os direitos fundamentais não demonstra mais do que a riqueza da linguagem humana que busca representar através de símbolos⁹ distintos - <<signos sintéticos>> - um universo de <<descrições analíticas específicas>>¹⁰ – signo.

Como anota Natalino Irti¹¹, as normas jurídicas se apresentam como um conjunto de palavras para aqueles que se propõe a estudá-las, e adverte:

Los elementos constitutivos de las normas jurídicas – *fattispecie* y efecto – pertenecen a los *fenómenos del lenguaje humano*: son palabras en las cuales, o mediante las cuales, está destinada a desarrollarse la actividad del intérprete¹². (grifos do autor)

⁹ O símbolo é um signo cuja virtude está na generalidade da lei, regra, hábito ou convenção de que ele é portador e a função como símbolo dependerá precisamente dessa lei ou regra que determinará seu interpretante. Quanto ao sintagma signo, adverte a autora citada: “algumas pessoas já têm firmemente traçada em suas mentes uma definição abusivamente simplificadora, que reduz a concepção de signo peirceana à seguinte formulação: ‘Signo é alguma coisa que representa algo para alguém’”. (SANTAELLA, Lúcia. A teoria geral dos signos. São Paulo: Pioneira, 2000, p. 11 e 132).

¹⁰ As expressões destacadas são de Natalino Irti. (Introducción al estudio del derecho privado, Lima: Grijley, 2003. p. 90).

¹¹ Introducción al estudio del derecho privado, Lima: Grijley, 2003. p. 149-50.

¹² Natalino Irti traz assertiva atribuída à A. G. Conte de seguinte teor: “Derecho es lenguaje, porque aquello que el jurista confronta es lenguaje y solamente lenguaje”. (op. cit. p. 149-50. Nota 174, p. 149).

Visto por este prisma, e tendo em conta que a atividade de descobrir os princípios e regras para o entendimento e aplicação do direito formulado denomina-se interpretação¹³, caberá ao intérprete da norma¹⁴ buscar, no estudo da linguagem jurídica, o alcance dos significados possíveis.

Porém, não tem o presente trabalho a pretensão de se aprofundar em tão estimulante campo de discussão, optando-se pela fixação dos termos e noções necessários ao desenvolvimento do tema central, sem prejuízo de se fazer apontamentos pertinentes e bastante para a compreensão daquele.

Como opção metodológica, procurar-se-á esboçar neste capítulo uma teoria dos direitos positivados qualificados como fundamentais. Esta opção tem o problema de passar ao largo do debate acerca da fundamentalidade, ou justificativa, dos direitos fundamentais. Não obstante, adota-se uma posição e parte-se da idéia de que os direitos fundamentais são aqueles direitos positivados que retiram sua fundamentação na dignidade da pessoa humana, princípio ético que foi incorporado ao ordenamento jurídico pela vontade do legislador constituinte original.

Deste modo, a seguir adotam-se noções acerca dos termos acima referidos que servirão de ponto de apoio para justificativas e discussões ao longo do trabalho.

¹³ ROSS, Alf. Direito e Justiça, Bauru: EDIPRO, 2000. p. 136. Alf Ross nos ensina que: "Toda interpretação do direito legislado principia com um texto, isto é, uma fórmula lingüística escrita".

¹⁴ Interessante neste ponto destacar que o intérprete ao realçar estes significados não faz mais do que criar novas normas, não no sentido originário destinado ao legislador natural, mas no sentido do desdobrar das normas até atingir sua "preceituação mais concreta". (PEDROSO, Antonio Carlos de Campos. Normas jurídicas individualizadas. São Paulo: Saraiva, 1993. p. 6-7). Doutrina similar é defendida por Eros Roberto Grau, para quem: "o produto da interpretação é a norma expressada como tal. Mas ela (a norma) parcialmente *preexiste*, potencialmente, no invólucro do *texto*, invólucro do *enunciado*." (grifos originais) (Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 81).

Para o termo <<teoria>> segue-se a acepção proposta por André Lalande¹⁵ para quem teoria é:

Por oposição ao conhecimento vulgar: aquilo que constitui o objeto de uma concepção metódica, sistematicamente organizada, e dependente, por conseqüência, na sua forma, de certas decisões ou convenções científicas que não pertencem ao senso comum.¹⁶

Para o conceito de direito, adotar-se-á, pela concisão e alcance, àquele de Radbruch: “conjunto das normas gerais e positivas, que regulam a vida social”¹⁷. Tal opção não tem a pretensão de excluir a idéia de Direito Natural, mas, simplesmente, limitar as discussões acerca dos direitos fundamentais aos direitos positivos. E como direito positivo acatam-se as acepções propostas por Hegel:

O direito é positivo em geral:

a – Pelo caráter formal de ser válido num Estado, validade legal que serve de princípio ao seu estudo: a ciência positiva do direito;

b – Quanto ao conteúdo, o direito adquire um elemento positivo: 1) pelo caráter nacional particular de um povo, o nível de seu desenvolvimento histórico e o conjunto de condições que dependem da necessidade natural; 2) pela obrigação que todo sistema de leis tem de implicar a aplicação de um conceito geral à natureza particular dos objetos e das causas, que é dada de fora (aplicação que já

¹⁵ Vocabulário técnico e crítico da filosofia. 3ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 1999. p. 1126.

¹⁶ Tal acepção deve ser compreendida dentro dos limites apresentados por Nicola Abbagnano para quem “uma teoria não é necessariamente uma explicação do domínio dos fatos aos quais se refere, mas um instrumento de classificação e de previsão. [...] A verdade de uma teoria está em sua validade, e sua validade depende da capacidade de cumprir as funções às quais se destina”. (Dicionário de filosofia. 4ª ed, São Paulo: Martins Fontes, 2000. p. 953).

¹⁷ Introducción a la filosofía del derecho, p. 47, *apud* MONTEIRO, Washington de Barros. Direito Civil: parte geral. 31ª ed. São Paulo: Saraiva, 1993. p. 1.

não é pensamento especulativo nem desenvolvimento do conceito mas absorção do intelecto; 3) pelas últimas disposições necessárias para decidir a realidade¹⁸.

Por fim, a noção de <<fundamental>>, para além das denotações conhecidas fixar-se-á pela explanação baseada no princípio de razão suficiente de Leibniz sumarizado no seguinte trecho extraído de Nicola Abbagnano:

O fundamento ou razão suficiente explica a *possibilidade* da coisa, explica porque a coisa pode ser ou comportar-se de certa maneira. [...] Fundamento é o que explica uma preferência, uma escolha, a realização de uma alternativa e não de outra. Fala-se em fundamento todas as vezes em que a preferência ou a escolha é justificada ou quando a realização da alternativa é explicável. Do mesmo modo, princípio “fundamental” é o que estabelece a condição primeira e mais geral pela qual alguma coisa possa existir, e ciência fundamental é a que contém as condições que tornam possíveis as outras ciências [...] ¹⁹. (grifos originais).

¹⁸ Princípios da filosofia do direito. São Paulo: Martins Fontes, 1997. p. 4.

¹⁹ Dicionário de filosofia. 4ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2000. p. 475-6.

2.2. Direitos fundamentais – aspectos de uma teoria

2.2.1. Abordagem histórica

Numa primeira abordagem, os direitos fundamentais são assim chamados porque: 1) fundamentam o ordenamento jurídico estabelecendo "padrões estruturais"²⁰ e ditando a "fórmula política"²¹ do Estado, bem como; 2) enumeram os direitos do homem e os princípios que o poder constituinte, no momento em que estruturou o Estado e delimitou o ideário que o inspira, houve por bem reconhecer e submeter a uma proteção diferenciada caracterizada por mecanismos de defesa e garantias especiais.

Pablo Lucas Verdú ao se referir aos direitos humanos nos adverte que: “su evolución puede percibirse con los siguientes términos: declaración; proclamación; formulación positiva expresada como derechos fundamentales y justificación axiológica”²².

Como esclarece Hans-Peter Schneider, os direitos fundamentais remontam suas origens à antigüidade, contudo, como garantia jurídica individual surgiram de forma conjunta e indissolúvel com a formação do Estado moderno, amparados na evolução de uma classe social burguesa e na

²⁰ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Direito constitucional e teoria da constituição. 2ª ed. Coimbra: Almedina, 1998. *passim*.

²¹ GUERRA FILHO, Willis Santiago. Processo constitucional e direitos fundamentais, São Paulo: Celso Bastos Editor: Instituto Brasileiro de Direito Constitucional, 2001. p. 19, *passim*.

²² VERDÚ, Pablo Lucas. Los derechos humanos como “religión civil”. Derechos humanos y concepción del mundo y de la vida. Sus desafíos presentes. In.: GRAU, Eros Roberto e GUERRA FILHO, Willis Santiago (Orgs.). Direito constitucional: estudos em homenagem a Paulo Bonavides. São Paulo: Malheiros, 2001. p. 531.

afirmação do homem como sujeito e titular de direitos naturais, percorrendo longo itinerário aclamado pela denominação de direitos do homem²³.

A estes direitos individuais que, primordialmente com fundamento na filosofia liberal, garantiam a liberdade dos indivíduos frente ao poder estatal, passou a dogmática contemporânea a chamar direitos humanos de primeira dimensão²⁴. Estes se caracterizam por enfeixarem os direitos civis e políticos que constaram nos primeiros instrumentos normativos constitucionais e por terem o indivíduo por titular: "são direitos de resistência ou de oposição perante o Estado"²⁵.

Com o avançar da história, novos paradigmas sociais e econômicos se apresentaram, assim como as reivindicações dos indivíduos para se verem garantidos e protegidos das novas ameaças decorrentes deste processo, o que deu aos direitos fundamentais maior destaque, principalmente pelo afluxo das teorias socialistas e com fundamento, ainda, na doutrina do bem estar social, que fizeram introduzir nas constituições os direitos sociais, culturais e econômicos, caracterizados pela maior proteção à igualdade e por uma necessidade de atuação positiva do Estado proporcionando "liberdade por intermédio do Estado", "revelando uma transição das liberdades formais abstratas para as liberdades materiais concretas"²⁶. A esses direitos denomina-se de segunda dimensão.

²³ Carattere e funzione del diritti fondamentali nello stato costituzionale democratico. In.: PEGORARO, Lucio e REPOSO, Antonio (raccolte). *Lecture introduttive al diritto pubblico italiano e comparato*. Verona: CEDAM, 1995. p. 244.

²⁴ Faze-se aqui opção pela expressão dimensão à geração para expressar os momentos históricos de transformações dos direitos fundamentais, por concordar com a moderna doutrina que vê na sucessão das conquistas no campo dos direitos fundamentais não uma sucessão histórica, mas um "*processo cumulativo de complementaridade*", remetendo o leitor para a balizada fundamentação presente em: SARLET, Ingo Wolfgang. *Eficácia dos direitos fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004. p. 52 e segs. Ver, ainda: BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional* 14^a ed., 2004. p. 571-2; GUERRA FILHO, Willis Santiago. *Processo constitucional e direitos fundamentais*. 2^a ed., p. 39.

²⁵ BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional* 14^a ed., 2004. p. 563-4.

²⁶ SARLET, Ingo Wolfgang. *Eficácia dos direitos fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004. p. 55-6.

Transcendendo ao indivíduo, uma nova dimensão de direitos fundamentais - terceira dimensão - caracteriza-se pelas garantias aos direitos de solidariedade e fraternidade, cuja titularidade é difusa ou coletiva. Afirma Paulo Bonavides, reverberando a doutrina alienígena, que estes direitos se identificam como: "direito ao desenvolvimento, direito à paz, direito ao meio ambiente, direito de propriedade sobre o patrimônio comum da humanidade e o direito de comunicação". O mesmo autor esclarece, ainda:

Com efeito, um novo pólo jurídico de alforria do homem se acrescenta historicamente aos da liberdade e da igualdade. Dotados de altíssimo teor de humanismo e universalidade, os direitos da terceira geração tendem a cristalizar-se no fim do século XX enquanto direitos que não se destinam especificamente à proteção dos interesses de um indivíduo, de um grupo ou de um determinado Estado. Têm primeiro por destinatário o gênero humano mesmo, num momento expressivo de sua afirmação como valor supremo em termos de existencialidade concreta. Os publicistas e juristas já os enumeram com familiaridade, assinalando-lhe o caráter fascinante de coroamento de uma evolução de trezentos anos na esteira da concretização dos direitos fundamentais²⁷.

Para além destas dimensões, consagradas aqui e alhures, fala-se em direitos fundamentais de quarta dimensão. Quem defende esta posição é Paulo Bonavides, que refere esta dimensão como decorrência da universalização institucional dos direitos fundamentais por força da globalização política neoliberal. Para o constitucionalista, a quarta dimensão dos direitos fundamentais compreende o "direito à democracia, o direito à informação e o direito ao pluralismo"²⁸.

²⁷ BONAVIDES, Paulo. Curso de direito constitucional. 14ª ed., 2004. p. 569.

²⁸ *Ibidem*. p. 570-4.

Esta passagem dos direitos do homem, "enquanto pautas ético-políticas" a direitos fundamentais, "enquanto manifestações positivas do Direito, com aptidão para a produção de efeitos no plano jurídico"²⁹ resulta conseqüência de uma mudança expressada principalmente no constitucionalismo moderno, como destaca Marcelo Campos Galuppo, no trecho abaixo transcrito:

Os Direitos Humanos transformam-se em Direitos Fundamentais somente no momento em que o Princípio do discurso se transforma em Princípio Democrático, ou seja, quando a argumentação prática dos discursos morais se converte em argumentação jurídica limitada pela faticidade do direito, que implica sua positivação e coercibilidade, sem, no entanto, abrir mão de sua pretensão de legitimidade.

Isso significa, antes de qualquer coisa, que os Direitos Fundamentais representam a constitucionalização daqueles Direitos Humanos que gozaram de alto grau de justificação ao longo da história dos discursos morais, que são, por isso, reconhecidos como condições para a construção e o exercício dos demais direitos³⁰.

Até o momento buscou-se traçar alguns lineamentos acerca dos direitos fundamentais, mas outros aspectos de relevância serão abordados a seguir.

²⁹As citações foram extraídas de: GUERRA FILHO, Willis Santiago. Processo constitucional e direitos fundamentais, São Paulo: Celso Bastos Editor: Instituto Brasileiro de Direito Constitucional, 2001. p. 37.

³⁰O que são direitos fundamentais?. In.: SAMPAIO, José Adercio Leite (Org.) Jurisdição constitucional e direitos fundamentais, Belo Horizonte: Del Rey, 2003. p. 233.

2.2.2. Caracterização dogmática dos direitos fundamentais

As discussões acerca da teoria dos direitos fundamentais passam pela caracterização destes direitos como categoria dogmática³¹.

Robert Alexy, em obra de fôlego³² onde enfrentou o problema da elaboração de uma teoria jurídica dos direitos fundamentais, conclui pela tridimensionalidade da dogmática dos direitos fundamentais, ou seja: dimensão analítica, dimensão empírica e dimensão normativa. Por este motivo, reiteradamente será citado.

Para evitar confusões terminológicas entre o que Robert Alexy denomina dimensão no campo de sua teoria dogmática dos direitos fundamentais com as chamadas dimensões dos direitos fundamentais³³, utilizar-se-ão das expressões cunhadas por Gomes Canotilho, que fala em perspectiva analítico-dogmática, perspectiva empírico-dogmática e perspectiva normativo-dogmática, bem como pelo uso das formas elípticas: dogmática analítica, dogmática empírica e dogmática normativa, respectivamente, no lugar daquelas.

Na dogmática analítica, Robert Alexy se propõe a tratar de considerações sistemático-conceituais no âmbito de um dado direito válido, partindo da análise dos conceitos fundamentais, enfrentando problemas relacionados à construção jurídica - "por ejemplo, la de la relación entre el supuesto de hecho y las restricciones de los derechos fundamentales y la del

³¹ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Direito constitucional e teoria da constituição. 2ª ed. Coimbra: Almedina, 1998. p. 1121.

³² Teoría de los derechos fundamentales. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002.

³³ Veja-se nota 24, acima.

efecto en terceros" - até a "investigación de la estructura del sistema jurídico" pasando pela "fundamentación sobre la base de derechos fundamentales"³⁴.

Num segundo momento, ao expor a dogmática empírica, Robert Alexy adverte da necessidade de se tomar por premissa os conceitos de direito e de validade com limites amplos e multifacetários, posto que se visa analisar não só o direito legislado, mas também o "derecho judicial", e nas suas palavras:

De una dimensión *empírica* de la dogmática jurídica se puede hablar en un doble significado: primero, con relación al conocimiento del derecho positivamente válido y, segundo, con relación a la utilización de premisas empíricas en la argumentación jurídica³⁵. (destaque original)

Pode-se relacionar, guardada as devidas proporções, a dogmática empírica nos moldes em que está proposta por Robert Alexy com campos de estudos ligados à sociologia jurídica, na medida em que tem como principal preocupação o alcance e efeitos que os direitos fundamentais podem deitar sobre a sociedade.

Por fim, a dogmática normativa³⁶, que vê-se como uma perspectiva dogmática propriamente dita, "é importante sobretudo em sede de aplicação dos direitos fundamentais, dado que se pressupõe, sempre, a fundamentação racional e jurídico-normativa dos juízos de valor"³⁷.

³⁴ Teoría de los derechos fundamentales. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002. p. 30. Ao que parece, o autor busca mediante estes fundamentos explicar, ou ao menos interpretar, os direitos fundamentais por uma perspectiva histórico-filosófica.

³⁵ *Ibidem*. p. 30.

³⁶ Respeitada doutrina nacional prefere a denominação "crítico-normativa" para designar esta perspectiva dogmática. Veja-se: GUERRA FILHO, Willis Santiago. Processo constitucional e direitos fundamentais. 2ª ed, 2001. p. 35.

³⁷ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Direito Constitucional e teoria da constituição. 2ª ed. Coimbra: Almedina, 1998. p. 1121.

No limite a que se propõe enfrentar as questões pertinentes aos direitos fundamentais, cabe ressaltar, ao menos, que o estudo acerca da eficácia destes direitos concatena-se com a perspectiva empírico-dogmática.

A uma porque é neste campo de estudos que se preocupa o jurista com o alcance dos direitos fundamentais em termos práticos, que na doutrina de José Joaquim Gomes Canotilho implica "tomar em conta as suas condições de eficácia e o modo como o legislador, juízes e administração os observam e aplicam"³⁸.

Em outro sentido, pelo fato da eficácia do direito poder se apresentar como validade objetiva do direito legislado³⁹, em um dado ordenamento.

2.2.3. Direitos fundamentais formais e materiais

Em sentido subjetivo, os direitos fundamentais são considerados "direitos ou posições jurídicas subjetivas das pessoas enquanto tais, individual ou institucionalmente consideradas, assentes na Constituição, seja na Constituição formal, seja na Constituição material"⁴⁰.

Para José Afonso da Silva "a constituição formal é o peculiar modo de existir de em Estado, reduzido, sob forma escrita, a um documento solenemente estabelecido pelo poder constituinte e somente modificável por processos e formalidades especiais nela própria estabelecidos"⁴¹.

³⁸ Direito constitucional e teoria da constituição. 2ª ed. Coimbra: Almedina, 1998. p. 1121.

³⁹ ALEXY, Robert. Teoría de los derechos fundamentales. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002. p. 30.

⁴⁰ MIRANDA, Jorge. Direitos fundamentais na ordem constitucional portuguesa. Revista de Direito Público, v. 20, nº 82, abr./jun. 1987 p. 5.

⁴¹ Curso de direito constitucional positivo. 13ª ed. São Paulo: Malheiros, 1997. p. 45

Para a noção de Constituição material, reporta-se a José Joaquim Gomes Canotilho:

Entende-se por **constituição material**, seguindo as sugestões de uma cultura constitucional fortemente radicada – a italiana – o conjunto de fins e valores constitutivos do princípio efectivo da unidade e permanência de um ordenamento jurídico (dimensão objectiva), e o conjunto de forças políticas e sociais (dimensão subjetiva) que exprimem esses fins ou valores, assegurando a estes a respectiva prossecução e concretização, algumas vezes para além da própria constituição escrita.⁴² (grifo original)

Em decorrência deste aspecto, fala-se em direitos fundamentais formais e direitos fundamentais materiais, onde os primeiros vinculam-se aos aspectos formais de uma Constituição e os segundos aos aspectos materiais de uma Constituição, e de ambos decorrem a “especial dignidade e proteção dos direitos num sentido formal e num sentido material”⁴³, justificativas de sua fundamentalidade. Interessante o posicionamento esposado por João dos Passos Martins Neto que qualifica os direitos fundamentais com “direitos subjetivos pétreos” dada a força resultante desta fundamentalidade dos direitos fundamentais, os quais se encontram “imunizados contra o constituinte reformados por obra de uma *cláusula pétrea*”⁴⁴. (grifo original).

No caso da Constituição Federal de 1988, cabe destacar a possibilidade de se buscar fora do catálogo de direitos fundamentais nela escritos outros direitos que são materialmente fundamentais em função da abertura material permitida pela incidência do 2º do artigo 5º, *vebis*:

⁴² Direito constitucional e teoria da constituição. 2ª ed. Coimbra: Almedina, 1998. p. 1013-4.

⁴³ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Direito constitucional. 5ª ed. Coimbra: Almedina, 1992. p. 509.

⁴⁴ Direitos fundamentais: conceito, função e tipos. São Paulo: RT, 2003. p. 87, *passim*.

Art. 5º. (omissis...)

§ 2º - Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou tratados em que a República Federativa do Brasil seja parte.

Neste caso, pode-se falar, com Ingo Wolfgang Sarlet, da existência de duas espécies de direitos fundamentais:

- a) direitos formal e materialmente fundamentais (ancorados na Constituição formal);
- b) direitos apenas materialmente formais (sem assento no texto constitucional)⁴⁵.

O mesmo autor propõe uma definição para direitos fundamentais materiais, partindo da premissa acima expressada e da noção de fundamentalidade ao mesmo tempo formal e material dos direitos fundamentais que adota em seu texto: “Direitos fundamentais em sentido material são aqueles que, apesar de se encontrarem fora do catálogo, por seu conteúdo e por sua importância podem ser equiparados aos direitos formalmente (e materialmente) fundamentais”⁴⁶

⁴⁵ A eficácia dos direitos fundamentais. 4ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado. P. 93.

⁴⁶ *Ibidem*. p. 93.

2.2.4. Direitos fundamentais subjetivos e objetivos

Os direitos fundamentais também podem ser analisados a partir de seus sentidos⁴⁷ subjetivo ou objetivo. Na medida em que: “Os direitos fundamentais são a um só tempo, direitos subjetivos e elementos fundamentais da ordem constitucional objetiva”⁴⁸.

Estes adjetivos acrescidos ao termo direito são reflexos do problema apresentado pelo fato de uma palavra – direito – representar, como já referido, significados muitos diversos⁴⁹.

A distinção entre direito subjetivo e direito objetivo encontra particular dificuldade no âmbito da Teoria Geral do Direito. Direito subjetivo quer significar algo distinto de direito objetivo, como nos adverte Kelsen:

Usualmente contrapõe-se ao dever jurídico o direito como direito subjetivo, colocando este em primeiro lugar. Fala-se, no domínio do Direito, de direito e dever, não de dever e direito (no sentido subjetivo) como no domínio da Moral onde se acentua mais aquele do que este. Na descrição do Direito, o direito (subjetivo) avulta tanto no primeiro plano, que o dever quase desaparece por detrás daquele – na linguagem jurídica alemã e francesa – é mesmo

⁴⁷ Também aqui dever-se-á tomar posição acerca da formulação <<sentido>>, haja vista que parte da doutrina costuma utilizar-se do termo <<dimensão>> (SARMENTO, Daniel. A dimensão objetiva dos direitos fundamentais: fragmentos de uma teoria. In.: SAMPAIO, José Adercio Leite (org.). Jurisdição constitucional e direitos fundamentais. Belo Horizonte: Del Rey, 2003. p. 251-314; SARLET, Ingo Wolfgang. A eficácia dos direitos fundamentais. 4ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado. p. 150, *passim*, que apresenta esclarecedora fundamentação sobre o que aqui se coloca), o que, para evitar conflitos terminológicos, opta-se por utilizar. Cf. notas 24 e 33. Hans Kelsen já se utilizava desta formulação, porém como qualificativo do ato que se reveste de qualificação jurídica; assim fala em “sentido subjetivo e sentido objetivo do ato”. (Teoria pura do direito. 4ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 1995. p. 3).

⁴⁸ MENDES, Gilmar Ferreira. Os direitos fundamentais e seus múltiplos significados na ordem constitucional. IOB - Repertório de Jurisprudência: Tributário, Constitucional e Administrativo, São Paulo, n.9, p. 337, 1º quinzena de maio, 2002

⁴⁹ Cf. 2.1.

designado pela própria palavra com que se designa o sistema de normas que forma a ordem jurídica: pela palavra *Recht* (direito), *droit*. Para se distinguir deste, tem o direito (*Berechtigung*), como direito 'subjutivo' (ou seja, pois, o direito de um determinado sujeito), de ser distinguido da ordem jurídica, como Direito 'objetivo'. Na linguagem jurídica inglesa dispõe-se da palavra *right* quando se quer designar o direito (subjutivo), o direito de um determinado sujeito, para o distinguir da ordem jurídica, do Direito objetivo, *law*.⁵⁰ (grifos originais)

No âmbito dos direitos fundamentais, apesar de se não poder referir sem ressalvas aos conteúdos de direito subjutivo e direito objetivo para a Teoria Geral do Direito, a distinção também se mostra sutil e será enfrentada no capítulo seguinte.

Não se pode esquecer, como acima apontado, que o direito é linguagem e decorre desta constatação todas as influências que a criação humana têm sobre a linguagem, cambiando seus significados, como nos adverte Rosa Maria Barreto Borrielo de Andrade Nery:

[...] as palavras variaram de sentido conforme o pensamento que as animou e conforme a intenção de quem pretendeu delas se utilizar. [...] Tanto na linguagem erudita e técnica quanto na linguagem popular, vocábulos novos renomearam coisas velhas; vocábulos velhos batizaram coisas novas e, o que se mostrou mais interessante e de difícil compreensão, vocábulos velhos renomearam coisas novas e velhas com sentido diverso do de seu conteúdo primitivo⁵¹.

⁵⁰ Teoria pura do direito. São Paulo: Martins Fontes, 1995. p. 140-1.

⁵¹ Vínculo obrigacional: relação jurídica de razão (técnica e ciência de proporção) (uma análise histórica e cultural). Tese de Livre-Docência. São Paulo, 2004. p. 14.

2.2.4.1. Direitos fundamentais subjetivos

Em sentido subjetivo, amparado pelo conceito de direito subjetivo, reside uma grande dificuldade para se chegar a noção de direito fundamental, haja vista que até o presente momento não logrou a ciência do direito obter uma noção unívoca acerca do que se deva entender por direitos subjetivos⁵².

O problema levantado exigiria um trabalho monográfico específico, o que fugiria ao tema proposto. Porém, alguns apontamentos tornam-se necessários para que não se perca a possibilidade de enriquecer a discussão quando da abordagem do tema central da efetividade dos direitos fundamentais, motivo pelo qual passa-se a uma sumarização acerca do tema.

As duas correntes extremas que tentam explicar os direitos subjetivos foram sintetizadas por Windscheid, com sua teoria da vontade, e Jhering que formulou a teoria dos interesses. Para o primeiro, direito subjetivo “é um poder de vontade ou uma dominação da vontade conferida pelo ordenamento jurídico”; para o segundo, os direitos subjetivos são “interesses juridicamente protegidos”⁵³.

Posição doutrinária relevante, no que diz respeito aos direitos fundamentais em sentido subjetivo, aproxima-se da concepção de *status* proposta por Jellinek⁵⁴, - para quem o direito subjetivo público resulta de um

⁵² Como observa Robert Alexy, “no obstante su considerable duración y los muy intensos y amplios esfuerzos desplegados, la discusión sobre el concepto de derecho subjetivo no ha conducido a un consenso”. Porém, ameniza a posição adotada por Kelsen no sentido de apontar o direito subjetivo como o conceito mais analisado na literatura teórica. (Teoría de los derechos fundamentales. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002, nota 20, p. 173).

⁵³ As citações foram extraídas de: ALEXY, Robert. Teoría de los derechos fundamentales. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002, nota 20, p. 179.

⁵⁴ O trabalho fundamental de Jellinek acerca da teoria dos *status* encontra-se em *System der subjektiven öffentlichen Rechte*, a qual possui uma tradução em italiano: *Sistema dei diritti pubblici subbiettivi*. Tradução de Gaetano Vitagliano. Milão: Società Editrice Libreria, 1912. 402 p.

status - e discutida com profundidade por Robert Alexy. Neste estudo, mediante perspectiva analítica, Robert Alexy faz ligação entre as posições assumidas pelo Estado ou pelo indivíduo por força da incidência dos direitos fundamentais, com os *status* preconizados por Jellinek. Deste modo, quatro distintos *status* podem ser preconizados: o passivo, o negativo, o positivo e o ativo⁵⁵.

Como *status* passivo⁵⁶, refere a posição de submissão do indivíduo, “dentro de uma esfera de dever individual”, ao Estado, resultado ou de uma submissão a mandados ou proibições aos quais este indivíduo está submetido e que competem ao Estado ditar, ou a uma totalidade de mandatos ou proibições que este mesmo Estado impõe ou tem competência para impor. Como consequência destas duas possibilidades, a alteração da situação de submissão só pode ocorrer no caso de alteração do mandato ou proibição no segundo caso, pois decorre uma alteração do *status*⁵⁷.

Por *status* negativo, Jellinek idealizou a posição de liberdades jurídicas não protegidas, ou seja, a possibilidade de ação do indivíduo que não tenha relevância jurídica para o Estado, “en el cual los fines estrictamente individuales encuentran su satisfacción a través del acto libre del individuo [...] Al miembro del Estado le corresponde, pues, un status en el cual es señor, una esfera libre del Estado, que niega el Imperium”⁵⁸.

⁵⁵ Teoría de los derechos fundamentales. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002. capítulo V. Toda a discussão que se segue será baseada neste texto.

⁵⁶ Poder-se-ia adotar para o *status* passivo a noção de deveres fundamentais, no sentido de obrigações correlatas aos direitos fundamentais, haja vista que tal *status* está vinculado aos mandados ou proibições que emanam dos direitos fundamentais e que vinculam inexoravelmente seus destinatários.

⁵⁷ “el status no cambia cuando cambian los mandatos y prohibiciones que afectan al individuo o a la competencia del Estado para dictarlos; el status individual puede sólo cesar de existir cuando ningún mandato y ninguna prohibición afectan al individuo y el Estado no tiene competencia para imponerlos. En cambio, según la segunda interpretación, toda modificación de los mandatos o prohibiciones o de la competencia del Estado para imponerlos conduce a una modificación del status”. (ALEXY, Robert. Ibidem. p. 249).

⁵⁸ ALEXY, Robert. Ibidem. p. 251.

Com as ressalvas decorrentes do reconhecimento da autonomia privada como um direito fundamental autônomo, ou pelo menos diretamente extraído do direito à liberdade, pode-se encontrar sob este *status* o campo de atuação que o direito concede aos particulares para que possam exercer autonomamente aqueles atos que visam dar vazão às suas necessidades elementares, a exemplo: tráfego comercial, construção e manutenção de um patrimônio mínimo a servir aos seus interesses, etc.

Tal *status* aparece explicitado no trabalho de Antonio Carlos de Campos Pedrosa, para quem “deve haver uma área reservada pelo Estado para a atuação do ser humano que, em virtude de seu próprio estatuto ontológico, necessita de uma esfera de liberdade de ação para a sua auto-realização e seu autodesenvolvimento”⁵⁹.

Noutro passo, o *status* positivo, ou *status civitatis*, compreende o reconhecimento pelo Estado da capacidade jurídica concedida ao indivíduo para reclamar para si o poder estatal outorgando ao indivíduo pretensões positivas na consecução de sua cidadania [civilidade], oferecendo para tanto garantias e “meios jurídicos para a sua realização”⁶⁰.

Por fim, cabe referir o *status* ativo, ou *status* da cidadania ativa, ao qual infere a participação do indivíduo no Estado, com o fim da “formação da vontade estatal”. Como afirma Robert Alexy, a par de não se poder tratar dos *status* isoladamente, é no ativo que melhor se percebe a vinculação externa entre eles, e afirma:

Las posiciones del status activo están siempre vinculadas con posiciones de otros status, pues el ejercicio de una competencia está siempre o bien ordenado o prohibido (status pasivo) o es libre (status negativo). Según Jellinek,

⁵⁹ Normas jurídicas individualizadas. São Paulo: Saraiva, 1993. p. 106.

⁶⁰ No dizer de Jellinek: “unico criterio in base al quale possa operarse una distinzione strettamente formale fra l'effecto riflesso del diritto obbiettivo e la pretesa giuridica subbiettiva, rimane per altro la esistenza o meno di un mezzo giuridico a disposizione dell'individuo per realizzare la sua pretesa verso lo Stato”. (Sistema dei diritti pubblici subbiettivi. . Milão: Societá Editrice Libreria, 1912. p. 132).

el status activo le pertenece a un individuo cuando su esfera 'no está limitada por un deber sino que más bien se amplía su capacidad de acción jurídica'"⁶¹.

A contribuição de Robert Alexy a esta teorização do gênio de Jellinek está no reconhecer, nos direitos fundamentais, um "status jurídico material" em oposição ao caráter formal do *status* jellinekiano, na medida em que "las normas iusfundamentales contendrían 'un otorgamiento y fundamento concreto' [...] fundamentado e garantizado por los derechos fundamentales [...]"⁶².

A possibilidade da utilização da teoria dos *status* acima mencionada tem o condão de limitar o direito subjetivo a determinados conteúdos sem infirmar-lhe a posição de modalidade jurídica. Estes conteúdos são detectáveis na exata extensão do conteúdo dos *status*, com implicações imediatas na relação entre o Estado e o indivíduo, carecendo, porém, de maior alcance nas relações entre particulares, ou seja, no campo do Direito Privado. Este fato só reforça a propalada dificuldade de se estabelecer um conceito de direito subjetivo.

Em interessante construção acerca da norma de Direito Privado, Natalino Irti, após afirmar que "la teoría da norma y la teoría de las situaciones subjetivas están íntimamente ligadas", conclui que o destinatário do dever decorrente do fato descrito na norma ("comportamiento futuro") é o titular do direito subjetivo⁶³.

Neste passo, o titular do direito fundamental subjetivo se apresenta como o indivíduo ao qual o Estado está vinculado por um comportamento passivo (direito de liberdade) ou ativo (direitos sociais) como

⁶¹ Teoría de los derechos fundamentales. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002, p. 261.

⁶² *Ibidem.* p. 263.

⁶³ Introducción al estudio del derecho privado. Lima: Grijley, 2003. p. 93-6.

dever decorrente de um mandamento fundamental presente numa norma de direito fundamental.

Não se pretende com a construção acima explicar-se ou justificar-se o entendimento geral de que os direitos fundamentais se apresentam como direitos subjetivos, mas apenas ilustrar o debate com posição inovadora proposta por Natalino Irti, que será oportunamente retomada.

2.2.4.2. Direitos fundamentais objetivos

Assim como na teoria do direito identificam-se dois sentidos distintos para qualificar o direito – subjetivo e objetivo, no campo dos direitos fundamentais esta distinção também se apresenta. Porém, ao passo que o direito objetivo, na teoria do direito, se identifica com a ordem jurídica, na teoria dos direitos fundamentais ele se aproxima mais de um conteúdo objetivo de valorização destes direitos.

Norberto Bobbio⁶⁴ afirma que “o ordenamento jurídico (como todo sistema normativo) é *um conjunto de normas*” (grifos originais) e, neste sentido, identifica-se com a acepção de que o direito é ordenamento jurídico. Mas as normas para poderem compor este ordenamento devem ser por ele reconhecidas, fenômeno que se pode qualificar como positivação.

E a positivação da norma implica sua objetivação⁶⁵.

A realidade objetiva do direito está, por um lado, em existir para a consciência, ser algo que se sabe, e, por outro lado, em ter a força e o valor reais e ser conhecido nesse valor universal.

⁶⁴ Teoria do ordenamento jurídico. 10ª ed. Brasília: UNB, 1999. p. 31.

⁶⁵ REALE, Miguel. Lições preliminares de direito. 19ª ed. São Paulo: Saraiva, p. 188.

O que o direito é em si afirma-se na sua existência objetiva, que dizer, define-se para a consciência pelo pensamento. É conhecido como o que, com justiça, é e vale; é a lei. Tal direito é, segundo esta determinação, o direito positivo em geral⁶⁶.

A esta situação objetiva do direito relaciona-se a situação subjetiva acima abordada e que, nas palavras de Norberto Bobbio: “o direito não passa do reflexo subjetivo de uma norma”⁶⁷. E neste compasso o direito objetivo implica o direito fundamental subjetivo.

Na teoria dos direitos fundamentais que se propõe sumarizar, assumindo-se os riscos que daí decorrem, direitos fundamentais objetivos assumem outra significação. Nas palavras de Robert Alexy: “no se trata de una concepción del carácter objetivo en el sentido de ‘meramente objetivo’”⁶⁸.

No magistério de José Carlos Vieira de Andrade: “os direitos fundamentais não podem ser pensados apenas do ponto de vista dos indivíduos, enquanto faculdades ou poderes de que estes são titulares, antes valem juridicamente também do ponto de vista da comunidade, como valores ou fins que esta se propõe a prosseguir”⁶⁹.

A construção doutrinária que resultou nesta significação ao termo objetivo para os direitos fundamentais é fruto do esforço dos juristas e tribunais alemães no período pós 2ª Guerra Mundial e reflexo da evolução do

⁶⁶ HEGEL, Georg Wilhelm Friedridch. Princípios da filosofia do direito. São Paulo: Martins Fontes, 1997. p. 183-4.

⁶⁷ Teoria da norma jurídica. Bauru: EDIPRO, 2001. p. 42.

⁶⁸ Teoría de los derechos fundamentales. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002, p. 508.

⁶⁹ Os direitos fundamentais na constituição portuguesa de 1976. Coimbra: Almedina, 1988. p. 144-5.

estado social qualificado pela retomada do fundamento ético da dignidade da pessoa humana como epicentro da ordem constitucional daquele país⁷⁰.

Como reflexo desta ligação com o estado social os direitos fundamentais objetivos estão identificados com os direitos de segunda geração que se caracterizam não mais como um dever de omissão, mas sim um dever positivo de proteção ativa destes direitos, seja no âmbito dos chamados direitos de prestação, ou seja, “direito do particular a obter algo através do Estado”, seja no âmbito dos chamados direitos de proteção no sentido de se impor “um *dever ao Estado* (poderes públicos) no sentido de este *proteger* perante *terceiros* os titulares de direitos fundamentais”⁷¹.

Não se pretende com esta concepção negar a existência ou validade dos direitos fundamentais subjetivos, mas só dar ênfase ao reforço que decorre das possibilidades abertas pela incidência desta teorização sobre a efetividade do exercício dos direitos fundamentais.

Aqui cabe abrir parênteses para referir o problema das chamadas <<normas programáticas>>.

Na doutrina nacional prevalece o magistério de José Afonso da Silva que conceitua norma programática como:

Aquelas normas constitucionais através das quais o constituinte, em vês de regular, direta e imediatamente, determinados interesses, limitou-se a traçar-lhes os princípios para serem cumpridos pelos seus órgãos (legislativos, executivos e jurisdicionais e administrativos), como programas das respectivas

⁷⁰ SARMENTO, Daniel. A dimensão objetiva dos direitos fundamentais: fragmentos de uma teoria. Belo Horizonte: Del Rey, 2003. p. 257.

⁷¹ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Direito constitucional e teoria da constituição. 2ª ed. Coimbra: Almedina, 1998. p. 374. Os grifos são do autor.

atividades, visando à realização dos fins sociais do Estado⁷².

Tal entendimento, mesmo não consignando expressamente, reflete o que aqui se delimitou como direitos fundamentais objetivos, ligando-se inexoravelmente aos “*elementos fundamentais da ordem objetiva da coletividade*”⁷³ para “*devenir un conjunto de valores o fines directivos de la acción positiva de los poderes públicos*”⁷⁴.

Deste modo, repelem-se veementemente aqueles que se escusam por detrás das normas programáticas e deixam de dar efetividade aos direitos fundamentais. Desvio este que vem, reiteradas vezes, sendo corrigido pelo Poder Judiciário que obriga os órgãos da Administração Pública a cumprir com os deveres de prestação, mesmo não se escudando de forma direta nesta doutrina.

Paradigmática neste sentido a decisão proferida nos autos do Agravo Regimental no Recurso Extraordinário nº 271.286/RS, de relatoria do Ministro Celso de Mello que, após consignar que “o direito público subjetivo à saúde representa prerrogativa jurídica indisponível”, anuncia que “o caráter programático da regra [...] não pode converter-se em promessa constitucional inconseqüente, sob pena de o Poder Público, fraudando *justas expectativas nele depositadas pela coletividade*, substituir, de maneira ilegítima, o cumprimento de seu impostergável dever, [...]”⁷⁵. (grifou-se)

Como se destacou no corpo do aresto, apesar de expressamente representar a adoção do sentido objetivo dos direitos fundamentais, em

⁷² Aplicabilidade das normas constitucionais. 3ª ed. São Paulo: Malheiros, 1998. p. 138.

⁷³ HESSE, Konrad. Elementos de direito constitucional da República Federal da Alemanha. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1998. p. 239. O grifo é do autor.

⁷⁴ PEREZ LUÑO, Antonio Enrique. Los derechos fundamentales. 6ª ed. Madrid: Tecnos, 1995. p. 21.

⁷⁵ Supremo Tribunal Federal. AgR no Rextr. nº 271.286/RS. Rel. Ministro Celso de Mello. 2ª Turma. j. em 12/09/2000. v. u. DJU, 24/11/2000. p. 101. A íntegra da ementa será apresentada no apêndice e está disponível para consulta em: <<http://www.stf.gov.br>>. Acesso em 17 de janeiro de 2005.

paráfrase ao magistério de Konrad Hesse acima exposto, o texto ainda se prende à vertente subjetivista, que vê nos direitos fundamentais apenas um direito subjetivo público.

Assim como, mesmo sem fazer qualquer menção, na ementa apresentada, ao alcance da eficácia destes direitos fundamentais objetivos, o Supremo Tribunal Federal deixou transparecer a imediatidade de sua aplicação.

Este modo especial de se analisar os direitos fundamentais surgiu na jurisprudência alemã após o Tribunal Constitucional Federal aplicar as normas de direito fundamental na solução de um conflito em que não estava diretamente envolvido o Estado, pois fixou o entendimento de que o Estado tem o dever de proteger os indivíduos mesmo contra a ação de outros indivíduos, o que a doutrina tradicional chamou de <<eficácia de irradiação>>⁷⁶.

Acerca da eficácia dos direitos fundamentais em sentido subjetivo e objetivo será efetuada, em momento oportuno, discussão sobre sua aplicação não só na relação Estado-particular, mas também entre particulares, bem como se ressaltará a distinção entre a eficácia imediata e vigência imediata dos direitos fundamentais.

⁷⁶ Assim aparece, v. g., em ALEXY, Robert. Teoría de los derechos fundamentales. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002, p. 507; HESSE, Konrad. Derecho constitucional y derecho privado. Madrid: Civitas, 1995, p. 58-9 – nota 34. Porém, doutrina mais recente aponta para outro caminho, vendo na decisão paradigmática que levou à construção doutrinária dos direitos fundamentais objetivos (Caso Lüth, BVerfGE 7, 198) nada mais que a “clássica função dos direitos fundamentais como proibições de intervenção” (CANARIS, Claus-Wilhelm. Direitos fundamentais e direito privado. Lisboa: Almedina, 2003. p. 47 e segs, *passim*).

2.2.5. Normas de direitos fundamentais

2.2.5.1 Acerca da noção de norma jurídica

Outra construção da teoria do direito que produz calorosos debates diz com o conceito de norma. Adverte-se que no presente trabalho a discussão limitar-se-á a uma espécie do gênero norma: norma jurídica. E, mesmo assim, para simplesmente apontarmos a noção que se tomará como base para as discussões, dentro da metodologia adotada. Cabe, ainda, esclarecer a opção por se utilizar da elipse <<norma de direito fundamental>> para referir à norma jurídica que consagra direito fundamental⁷⁷.

Constatação que tem grande prestígio na ciência do Direito é a de que cabe “*desde o punto de vista formal* (es decir, de la estructura interna), la norma jurídica no es en nada diversa de las demás especies de normas”⁷⁸.

Por primeiro, partindo-se da noção de que a norma jurídica é uma proposição⁷⁹ e, portanto, se ajusta à noção de linguagem, deve-se saber em qual classe de função da linguagem ela se insere, ou seja: função descritiva, prescritiva ou expressiva.

Norberto Bobbio defende ser a proposição jurídica, prescritiva, pois liga a função prescritiva da linguagem à linguagem normativa. Chega a esta conclusão partindo da diferenciação que abaixo se transcreve:

⁷⁷ GUERRA FILHO, Willis Santiago. Direitos fundamentais: teoria e realidade normativa. Revista dos Tribunais, São Paulo, v.84, n.713, mar. 1995. p. 48.

⁷⁸ IRTI, Natalino, Introducción al estudio del derecho privado. Lima Grijley, 2003. p. 32-3. O grifo é do autor.

⁷⁹ BOBBIO, Norberto. Teoria da norma jurídica. Bauru: EDIPRO, 2001. p. 72-4. O autor afirma que uma proposição é “um conjunto de palavras que possuem um significado em sua unidade”. (*op. cit.* p. 73). Em sentido muito próximo a afirmação de Natalino Irti, acima declinada.

A função descritiva, própria da linguagem científica, consiste em dar informações, em comunicar aos outros certas notícias, na transmissão do saber, em suma, em *fazer conhecer*; a função expressiva, própria da linguagem poética, consiste em evidenciar certos sentimentos e em tentar evocá-los, de modo a *fazer participar* os outros de uma certa situação sentimental; a função prescritiva, própria da linguagem normativa, consiste em dar comandos, conselhos, recomendações, advertências, influenciar no comportamento alheio e modificá-lo, em suma, no *fazer fazer*.⁸⁰ (grifos originais)

Ligada a esta noção de prescrição que a norma jurídica expressa está a qualidade de “fazer que se faça algo”⁸¹. Por seu turno, do ponto de vista formal, o que a diferencia das demais normas é a “execução garantida por uma sanção externa e institucionalizada”⁸². Em outras palavras: “las normas jurídicas, a diferencia de las demás, estarán acompañadas de la posibilidad de ser aplicadas de forma coactiva: su violación siempre daría pie a una ‘respuesta’ externa, regulada, al menos en los ordenamientos modernos, mediante procedimiento específico”⁸³ – se é A, deve ser B.

Em linhas gerais, a noção de norma jurídica que se adota, respeitada toda crítica que possa fazer gerar, é bastante a explicar os direitos fundamentais subjetivos e direitos fundamentais objetivos.

Para tanto se valerá da doutrina de Norberto Bobbio a seguir transcrita:

Uma norma prescreve o que deve ser. Mas aquilo que *deve ser* não corresponde sempre ao que é. Se a ação real não

⁸⁰ Teoria da norma jurídica. Bauru: EDIPRO, 2001. p. 78.

⁸¹ IRTI, Natalino, Introducción al estudio del derecho privado. Lima Grijley, 2003. p. 53

⁸² BOBBIO, Norberto. Teoria da norma jurídica. Bauru: EDIPRO, 2001. p. 160.

⁸³ IRTI, Natalino, Ibidem. p. 33.

corresponde à ação prescrita, afirma-se que a norma foi *violada*. É da natureza de toda prescrição ser violada, enquanto exprime não o que é, mas o que deve ser. À violação, dá-se o nome de *ilícito*. O ilícito consiste em uma ação quando a norma é um imperativo negativo e em uma omissão quando a norma é um imperativo positivo. No primeiro caso, afirma-se que a norma não foi *observada*, no segundo, que não foi *executada*.⁸⁴ (grifos originais)

No primeiro caso, imperativo negativo, a norma prescreve o que deve ser; via de consequência, prescreve um dever que, se não executado, dá origem a um correlato direito subjetivo, cujo titular é o destinatário deste dever. Fica clara a explicação se tomarmos os direitos de liberdade consagrados na Constituição Federal; como exemplo a liberdade de pensamento⁸⁵:

Art. 5º. (*omissis...*)

IV – é livre a manifestação do pensamento, sendo vedado o anonimato.

Pacífico o entendimento de que as normas de direito fundamental têm como destinatário o Estado; como destinatário da prescrição acima transcrita o Estado possui um dever de omissão⁸⁶ - imperativo negativo; a este dever de omissão correlatamente existe um direito do indivíduo (subjetivo) de proteção a sua liberdade; se o Estado agir - ilícito, e deste agir lesar a liberdade de pensamento, nascem ao indivíduo que suportou a lesão os meios jurídicos para defender-se.

⁸⁴ BOBBIO, Norberto. Teoria da norma jurídica. Bauru: EDIPRO, 2001. p. 152.

⁸⁵ BARACHO, José Alfredo de Oliveira. Direitos e garantias fundamentais (parte geral). Direitos invioláveis. Teoria geral dos direitos. Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais. v.33, n.33, 1991, p. 287-8.

⁸⁶ Interessante doutrina que separa os direitos fundamentais por suas funções, vê, neste caso, o direito fundamental com a função de proibição de intervenção. (CANARIS, Claus-Wilhelm. Direitos fundamentais e direito privado. Coimbra: Almedina, 2003, p. 39-50, *passim*).

No segundo caso, ao prescrever um dever ser, a norma estabelece objetivamente um comportamento – imperativo positivo; a não execução deste comportamento – *rectius* a violação do comportamento esperado – redonda num ilícito; o ilícito, numa sanção.

Pode-se partir do exemplo acima para ilustrar esta situação. O comando objetivamente prescrito na norma é o dever do Estado em garantir a liberdade de pensamento, criando os meios necessários e suficientes para que o indivíduo possa livremente o exercitar, inclusive o protegendo da ação de outros indivíduos que por ventura venham a limitar esta liberdade⁸⁷.

2.2.5.2. Regras e princípios como normas

Partindo-se da noção de direito emprestada de Radbruch e as noções que levam à definição dos direitos como fundamentais expostas acima adotadas por Konrad Hesse, aqui se enfatiza a que afirma que os “direitos fundamentais são aqueles direitos que o direito vigente qualifica de direitos fundamentais”⁸⁸.

Seguir esta linha argumentativa implica a opção de tratar os direitos fundamentais como direitos positivados; via de consequência, as normas de direitos fundamentais são aquelas que encontram positivação no ordenamento que as consagra.

Desta tomada de posição decorre o primeiro problema a ser enfrentado e diz com a normatização dos princípios que informam e expressam as normas de direito fundamental.

⁸⁷ Como paradigma desta posição a decisão do Tribunal Constitucional Alemão sobre o caso Lüth. Cf. nota 76. Canaris vê, neste caso, os direitos fundamentais como função de imperativos de tutela. (CANARIS, Claus-Wilhelm. Direitos fundamentais e direito privado. Coimbra: Almedina, 2003. p. 65-8, *passim*).

⁸⁸ HESSE, Konrad. Elementos de direito constitucional da República Federal da Alemanha. Porto Alegre: SergioAntonio Fabris Editor, 1998. p. 225.

Em primorosa síntese, Ricardo Libel Waldman expressa o que Ronald Dworkin entende por princípio:

Princípios são normas, sem uma origem determinada, embora de alguma forma decorrente de nossas práticas jurídicas, que indicam uma conduta (preservação de objetivos ou direitos) embora sem determinar uma consequência para o não cumprimento da norma; indicam uma decisão, sem prever determinadas consequências para a mesma e sem pretensão de aplicação em todos os casos em que esta fosse em tese exigível⁸⁹.

Uma justificação para a normatização dos princípios encontra-se em trabalho levado a cabo por Luis Díez-Picazo e comentado por Paulo Bonavides, que pedimos vênias para transcrever sob pena de perder o rigor da linguagem em o não fazendo:

A idéia de princípio, segundo Luis Díez-Picazo, deriva da linguagem da geometria, 'onde designa as verdades primeiras'. Logo acrescenta o mesmo jurista que exatamente por isso são 'princípios', ou seja, 'porque estão ao princípio', sendo 'as premissas de todo um sistema que se desenvolve *more geométrico*.

Declara, a seguir, invocando o pensamento do jurista espanhol F. de Castro, que os princípios são verdades objetivas, nem sempre pertencentes ao mundo do ser, senão do dever-ser, na qualidade de normas jurídicas, dotadas de vigência, validade e obrigatoriedade.

Como princípios de um determinado Direito Positivo, prossegue Picazo, têm os princípios, de um lado, 'servido de critério de inspiração às leis ou normas concretas desse Direito Positivo' e, doutro, de normas obtidas 'mediante

⁸⁹ A teoria dos princípios de Ronald Dworkin. *Direito & Justiça*, a. XXIV, v. 25. 1º semestre, 2002. p. 122 e 125.

um processo de generalização e decantação dessas leis'.⁹⁰
(grifos originais)

Mais enfática na defesa dos princípios como normas a tese proposta por Jorge Miranda, para quem: “os princípios não se colocam, pois, além ou acima do direito (ou do próprio Direito positivo); também eles [...] fazem parte do complexo ordenamental. [...] as normas jurídicas é que se dividem em *normas-princípios* e em *normas-disposições*”⁹¹. (grifos do autor)

Deste modo, pode-se dizer que os princípios são normas porque “têm uma estrutura deontológica, já que expressam um dever ser”⁹², no sentido de que “ordenan que algo sea realizado en la mayor medida posible, dentro de las posibilidades jurídicas y reales existentes”⁹³. Fenômeno que Robert Alexy denominou mandatos de otimização.

Esclarecido o problema dos princípios como norma, passa-se a discussão da formulação regra.

As regras, na concepção de Ronald Dworkin “são aplicáveis na maneira do tudo-ou-nada”; em suas palavras:

Dados os fatos que uma regra estipula, então ou a regra é válida, e neste caso a resposta que ela fornece deve ser aceita, ou não é válida, e neste caso em nada contribui para a decisão.⁹⁴

⁹⁰ Curso de direito constitucional. 14ª ed. São Paulo: Malheiros, 2004. p. 255-6.

⁹¹ MIRANDA, Jorge. Manual de direito constitucional. Tomo II. 3ª ed. Coimbra: Coimbra Editora, 1996. p. 224.

⁹² LORENZETTI, Ricardo Luis. Fundamentos do direito privado. São Paulo: RT, 1998. p. 317.

⁹³ ALEXY, Robert. Teoría de los derechos fundamentales. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002, p. 86.

⁹⁴ Levando os direitos a sério. São Paulo: Martins Fontes, 2002. p. 39. No texto original lê-se: rules are applicable in an all-or-nothing fashion. If the facts a rule stipulates are given, then either the rule is valid, in which case the answer it supplies must be accepted, or it is not, in which case it contributes nothing to the decision. (Taking rights seriously. Cambridge: Harvard University, 1999. p. 24).

Vê-se, pois, que as regras têm um campo de aplicação – dever ser – diferenciado dos princípios, na medida em que “las reglas contienen *determinaciones* en el ámbito de lo fáctica y jurídicamente posible. Esto significa que la diferencia entre reglas y principios es cualitativa y no de grado. Toda norma es o bien regla o un principio”⁹⁵ (grifo original).

Seja como regras, seja como princípios, inevitável na aplicação do direito a incompatibilidade entre normas. Mas esta incompatibilidade só pode ser observada entre normas de mesma espécie, ou seja, entre regras ou entre princípios, pois “não se manifesta jamais antinomia entre princípios e regras jurídicas”⁹⁶.

2.2.6. Conflitos e colisões entre as normas de direitos fundamentais

Um primeiro passo é estabelecer a qual tipo de norma correspondem os termos conflito e colisão. Para tanto se parte, mais uma vez, do magistério de Robert Alexy que correlaciona colisão com norma-princípio e conflito com norma-regra, além de esclarecer que tal especificação reforça a distinção que existe entre os dois tipos de normas⁹⁷. Deste modo, tratar-se-á, separadamente de cada caso.

⁹⁵ ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002, p. 87.

⁹⁶ GRAU, Eros Roberto. *Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito*. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 185.

⁹⁷ *Teoría de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002, p. 87. Eros Roberto Grau fala em conflito entre princípios (Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 184); José Joaquim Gomes Canotilho, ao seu turno, fala em momentos de tensão ou antagonismo (Direito constitucional e teoria da constituição. 2ª ed. Coimbra: Almedina, 1998. p. 1056).

2.2.6.1 Conflitos entre regras

O conflito de regras pode ser expresso pelo termo *antinomia*⁹⁸ e será tratado sob este enfoque.

A conceituação corrente acerca de *antinomia* encontra-se formulada por Norberto Bobbio que a caracteriza como a incompatibilidade entre duas normas válidas que pertençam a um mesmo ordenamento jurídico⁹⁹.

A exigência de que um ordenamento esteja livre de incompatibilidades entre suas normas decorre do princípio da unidade do ordenamento jurídico, conforme nos lembra Karl Engisch¹⁰⁰.

Este autor esclarece os momentos em que podem surgir num ordenamento dado as incompatibilidades [contradições]:

Podemos distinguir [...] entre *contradições primárias e secundárias*, conforme a *contradição* podia ser topada desde o início num complexo de regras jurídicas ou só mais tarde veio a ser aí introduzida. Este último caso é mais freqüente do que o primeiro. Na verdade, a harmonia interna de um complexo de normas posta em vigor *uno actu* é, na maioria dos casos, objecto de cuidados que são coroados de êxito. Ao contrário, facilmente acontece que

⁹⁸ GUERRA FILHO, Willis Santiago. Direito das obrigações e direito fundamental: sobre a projeção do princípio da proporcionalidade no direito privado. Revista Latino-Americana de Estudos Constitucionais, Belo Horizonte, n.1, jan./jun. 2003. p. 535.

⁹⁹ Teoria do ordenamento jurídico. 10ª ed. Brasília: UNB, 1999. p. 81 e segs. Nos mesmos termos a noção esboçada por Eros Roberto Grau: “importa observar que o conflito entre regras jurídicas resulta em *antinomia* – entendida esta como situação de incompatibilidade entre ambas (ambas pertencendo ao mesmo ordenamento e tendo o mesmo âmbito de validade), que conduz à necessidade de uma delas ser eliminada do sistema”. (Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 182).

¹⁰⁰ Introdução ao pensamento jurídico. 7ª ed. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1996. p. 309-10. Norberto Bobbio fala em coerência do ordenamento jurídico (Teoria do ordenamento jurídico. 10ª ed. Brasília: UNB, 1999. p. 34).

um legislador, ao editar novas normas, não se dê conta de uma contradição com normas individuais preexistentes no todo jurídico mais amplo em que ele insere a nova regulamentação. E finalmente, após as subversões e quedas de regimes políticos, surgem normalmente discrepâncias entre a antiga e a nova situação jurídica¹⁰¹.

Se duas normas são válidas, como podem ser incompatíveis? A questão se resolve, na formulação de Norberto Bobbio, pela confrontação entre as “quatro figuras de qualificação normativa: o *obrigatório*, o *proibido*, o *permitido positivo* e o *permitido negativo*”¹⁰², donde conclui o autor que só existe incompatibilidade entre as seguintes figura em relação à descrição de um mesmo comportamento:

1. Entre uma norma obrigatória (que ordena fazer algo) e uma norma proibitiva (que proíbe fazer algo)
2. Entre uma norma obrigatória (que ordena fazer algo) e uma norma permissiva negativa (que permite não fazer algo)
3. Entre uma norma proibitiva (que proíbe fazer algo) e uma norma permissiva positiva (que permite fazer algo)¹⁰³

Porém, não basta que as incompatibilidades destacadas se apresentem para que se qualifique a relação como antinômica, é necessário o implemento de duas outras condições: que as duas normas pertençam ao mesmo ordenamento e que tenham o mesmo âmbito de validade¹⁰⁴.

¹⁰¹ Introdução ao pensamento jurídico. 7ª ed. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1996. p. 310-1.

¹⁰² A elaboração destas noções encontra-se em sua obra Teoria da norma jurídica. Bauru: EDIPRO, 2001. p. 184-7.

¹⁰³ Teoria do ordenamento jurídico. 10ª ed. Brasília: UNB, 1999. p. 82-5.

¹⁰⁴ *Idibem*. p. 87.

Quanto ao primeiro aspecto pouca dificuldade se apresenta, sendo único fator de instabilidade a delimitação de um ordenamento, o que exclui *a priori* a antinomia entre ordenamentos que não se relacionam. O mesmo não se aplica a ordenamentos que possuam algum grau de relacionamento, seja de coordenação, seja de subordinação, o que acontece na solução da “compatibilidade das normas de um ordenamento positivo com as do Direito Natural”. Isto se dá em dois momentos: o ordenamento positivo como subordinado ao Direito Natural; o Direito natural como “ordenamento supremo”, aqui, relação de coordenação, lá, de subordinação¹⁰⁵.

Nenhum problema decorre em se estabelecer as incompatibilidades quanto aos âmbitos de validade da norma: “*temporal, espacial, pessoal e material*”¹⁰⁶. De modo geral não há incompatibilidade entre os âmbitos de validade, mas pode ocorrer incompatibilidade dentro de um mesmo âmbito de validade.

Quem melhor tratou do tema foi Alf Ross, estabelecendo três distintas classes de inconsistências¹⁰⁷ na tentativa de aplicação das normas dentro de um mesmo campo de validade, a saber:

1. Inconsistência total ou incompatibilidade absoluta: quando nenhuma das normas pode ser aplicada sob circunstância alguma sem entrar em conflito com a outra;
2. Inconsistência total-parcial ou inconsistência entre a regra geral e a particular: quando uma das duas normas não pode ser aplicada sob nenhuma circunstância sem entrar em conflito com a outra,

¹⁰⁵ Teoria do ordenamento jurídico. 10ª ed. Brasília: UNB, 1999. p. 87.

¹⁰⁶ *Ibidem*. p. 87-8.

¹⁰⁷ O autor esclarece: “existe inconsistência entre duas normas quando são imputados efeitos jurídicos incompatíveis às mesmas condições fáticas” (Direito e Justiça. Bauru: EDIPRO, 2000. p. 158).

enquanto esta tem um campo adicional de aplicação no qual não entra em conflito com a primeira;

3. Inconsistência parcial ou sobreposição de regras: quando cada uma das duas normas possui um campo de aplicação no qual entra em conflito com a outra, porém também possui um campo adicional de aplicação no qual não são produzidos conflitos¹⁰⁸.

Se a construção metodológica que leva à identificação das antinomias tem a finalidade de preservar a unidade e coerência do ordenamento jurídico, não basta, então, identificá-las, mas antes, eliminá-las deste ordenamento.

A um passo, tal eliminação antinômica pode ser executada por obra do próprio legislador que discricionariamente tem o poder de editar normas que busquem a racionalização legislativa.

Mas cabe ao juiz, intérprete autêntico do direito¹⁰⁹, dizer qual a regra que se aplica a um determinado caso concreto, excluindo do âmbito de aplicação a regra com aquela conflitante.

Dois conseqüências práticas decorrem deste fenômeno e delas nos adverte Paulo Dourado de Gusmão:

Devemos dizer que a solução dada pelo juiz ao problema da antinomia não tem força de derogar a lei, mas só de negar a sua aplicação ao caso *sub judice*. [...] Mas na declaração judicial de inconstitucionalidade de uma lei por incompatibilidade com a Constituição, a decisão, se for do Supremo Tribunal Federal, tira-lhe a eficácia, sem derogá-la¹¹⁰.

¹⁰⁸ ROSS, Alf. Direito e justiça. Bauru: EDIPRO, 2000. p. 158-9.

¹⁰⁹ KELSEN, Hans. Teoria pura do direito. São Paulo: Martins Fontes, 1995. p. 387.

¹¹⁰ Introdução ao estudo do direito. 19ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1996. p. 223.

Mas a solução não se apresenta tão fácil como parece. Duas espécies de antinomias são identificadas no ordenamento, as antinomias reais e as antinomias aparentes. As primeiras Norberto Bobbio diz serem insolúveis; solúveis as outras¹¹¹.

Para as antinomias solúveis a doutrina colocou à disposição do intérprete uma ferramentaria metodológica própria, que se solidificou ao longo da evolução da ciência jurídica e que foi prudentemente sumarizada por Norberto Bobbio, como meio de buscar a eliminação das antinomias. Para as antinomias insolúveis o “intérprete é abandonado a si mesmo ou pela falta de um critério ou por um conflito entre os critérios dados”¹¹².

Ao largo da discussão acima levada a cabo, onde se parte do princípio de que o fim da antinomia é excluir do ordenamento uma das regras incompatíveis para dar solução a um certo conflito, outra metódica é proposta por Robert Alexy e diz com a possibilidade de solucionar o conflito sem a eliminação da norma conflitante “introduciendo en una de las reglas una cláusula de excepción que elimina o conflicto”¹¹³.

Problema que requer solução distinta daquela até aqui esboçada acerca do conflito de regras diz com a colisão de princípios.

¹¹¹ Teoria do ordenamento jurídico. 10ª ed. Brasília: UNB, 1999. p. 92. Maria Helena Diniz esclarece que a antinomia aparente tem os critérios de solução previstos no próprio ordenamento jurídico-positivo e a solução se dá pela subsunção a um desses critérios. (Lei de introdução ao Código Civil brasileiro interpretada. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 1999. p. 70-1).

¹¹² *Ibidem*. p. 92. O autor propõe uma solução, não pioneira, mas original, acerca da solução dos problemas decorrentes destas espécies de antinomias. Por força da condição de se tentar apenas esboçar delineamentos gerais acerca de uma teoria dos direitos fundamentais, indica-se aos leitores o texto original para uma maior compreensão do tema.

¹¹³ Teoría de los derechos fundamentales. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002, p. 88.

2.2.6.2. Colisão de princípios

A justificativa da diferenciação terminológica [conflito X colisão] para caracterizar as incompatibilidades entre as espécies de normas de direito fundamental encontra sua base no fato de se poder optar por um princípio sem com isto eliminar o princípio com aquele incompatível. Mais propriamente, entre princípios não há incompatibilidade ou inconsistência, mas tensão ou antagonismo que se pode resolver pela ponderação. O conflito implica antagonismo; a colisão, tensão por oposição ou contradição¹¹⁴.

Se os princípios são mandatos de otimização, no sentido de que devem ser cumpridos na maior medida possível, a colisão entre princípios levará a uma decisão no sentido de que um princípio terá precedência em relação a outro. Trata-se de um juízo de ponderação. Nas palavras de Robert Alexy, na “ponderación de los intereses opuestos [...] la solución de la colisión consiste más bien en que, teniendo en cuenta las circunstancias del caso, se establece entre los principios una *relación de precedencia condicionada*”¹¹⁵ (grifo original). A partir desta constatação, o citado autor deduz uma “ley de coalición”, assim formulada:

Las condiciones bajo las cuales un principio precede a otro constituyen el supuesto de hecho de una regla que expresa la consecuencia jurídica del principio precedente¹¹⁶.

¹¹⁴ As formulações já foram referidas anteriormente. Cf. notas 91. Para Claus-Wilhelm Canaris, os princípios apresentam quatro características – as quais fundamentam as teses aqui expostas: “os princípios não valem sem exceção e podem entrar entre si em oposição ou em contradição; eles não têm a pretensão da exclusividade; eles ostentam o seu sentido próprio apenas numa combinação de complementação e restrição recíproca; e eles precisam, para a sua realização, de uma concretização através de sub-princípios e valores singulares, com conteúdo material próprio”. (Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito. 2ª ed. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1996, p. 88).

¹¹⁵ Teoría de los derechos fundamentales. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002, p. 90 e 92.

¹¹⁶ *Ibidem*. p. 90 e 94.

Trata-se, em suma, de se atribuir, sob forma condicionada, pesos¹¹⁷ distintos à aplicação dos princípios com a intenção de se obter, em consequência, um resultado que afete o menos possível um direito fundamental.

O modo como esta lei de colisão é formulada, fundada num juízo de ponderação, nada mais representa do que um das três máximas parciais que estruturam o princípio da proporcionalidade, a saber: princípio da proporcionalidade em sentido estrito¹¹⁸.

José Joaquim Gomes Canotilho afirma que esta forma estrita de apresentação do princípio da proporcionalidade pode ser visto como “princípio da justa medida”. No sentido de que:

Meios e fins são colocados em equação mediante um juízo de ponderação, com o objectivo de se avaliar se o meio utilizado é ou não desproporcionado em relação ao fim. Trata-se, pois, de uma questão de <<medida>> ou <<desmedida>> para se alcançar um fim: pesar as desvantagens do meio em relação às desvantagens do fim.¹¹⁹ (grifos originais)

Conclui-se, com Robert Alexy, que a lei de colisão pode ser executada pela sucessão da ponderação em três fases: “Na primeira fase deve ser determinada a intensidade da intervenção. Na segunda fase se trata, então,

¹¹⁷ Aqui com o sentido proposto por Ronald Dworkin. Levando os direitos a sério. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

¹¹⁸ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Direito constitucional e teoria da constituição. 2ª ed. Coimbra: Almedina, 1998. p. 259-265. As outras duas máximas são: princípio da conformidade ou adequação dos meios e princípio da exigibilidade ou da necessidade. Robert Alexy esclarece que da máxima de “proporcionalidad en sentido estricto se sigue que los principios son mandatos de optimización con relación a las posibilidades jurídicas. En cambio, las máximas de la necesidad y de la adecuación se siguen del carácter de los principios como mandatos de optimización con relación a las posibilidades fácticas”. (Teoría de los derechos fundamentales. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002, p. 112-3).

¹¹⁹ *Ibidem.* p. 263.

da importância das razões que justificam a intervenção. Somente na terceira fase sucede, então, a ponderação no sentido estrito e próprio”¹²⁰.

Em doutrina nacional, doutrinadores defendem a positivação do princípio da proporcionalidade em nosso sistema. De um lado, Paulo Bonavides que leciona:

No Brasil a proporcionalidade pode não existir enquanto norma geral de direito escrito, mas existe como norma esparsa¹²¹ no texto constitucional [...] Mas é na qualidade de princípio constitucional ou princípio geral de direito, apto a acautelar do arbítrio do poder o cidadão e toda a sociedade, que se faz mister reconhecê-lo já implícito e, portanto, positivado em nosso Direito Constitucional.¹²²

Outro a defender, fervorosamente, a positivação deste princípio é Willis Santiago Guerra Filho:

A ausência de uma referência explícita ao princípio no texto da nova Carta não representa nenhum obstáculo ao reconhecimento de sua existência positiva, pois ao qualificá-lo como ‘norma fundamental’, nos termos da Teoria Pura kelseniana, se lhe atribui o caráter ubíquo de norma a um só tempo ‘posta’ (positivada) e ‘pressuposta’ (na concepção instauradora da base constitucional sobre a qual repousa o ordenamento jurídico como um todo).¹²³

¹²⁰ ALEXY, Robert. Colisão de direitos fundamentais e realização de direitos fundamentais no estado de direito democrático. Revista de Direito Administrativo. Rio de Janeiro. n.217. jul./set. 1999. p. 78.

¹²¹ Ao que parece há uma contradição nesta afirmação do autor. Se a proporcionalidade é um princípio e os princípios também são normas, como visto acima, não cabe falar em “norma esparsa”, mas sim em norma-princípio a qual se extrai dos fundamentos do próprio ordenamento.

¹²² Curso de direito constitucional. 14ª ed. São Paulo: Malheiros, 2004. p. 434-5.

¹²³ Processo constitucional e direitos fundamentais. 2ª ed. São Paulo: Celso Bastos Editor: Instituto Brasileiro de Direito Constitucional, 2001. p. 83.

Contudo, opinião contrária aflora do magistério de Eros Roberto Grau, que vê proporcionalidade não como princípio, mas como postulado normativo aplicativo, e sentencia: “proporcionalidade [e razoabilidade] são, destarte, postulados normativos da interpretação/aplicação do direito [...] e não princípios”¹²⁴.

Por certo que, na categoria de princípio implicitamente positivado, ou na categoria de postulado normativo aplicativo, a proporcionalidade atua dentro do ordenamento jurídico na medida em que o intérprete autêntico se vale, em casos onde se faz necessário, do juízo de ponderação para buscar a justiça do caso concreto¹²⁵.

A sumarização de uma teoria dos direitos fundamentais acima exposta faz somente destacar temas que trazem embutidos calorosas discussões dogmáticas e filosóficas para suas compreensões, as quais conscientemente se evitou não só por opção metodológica, mais para evitar derivações no discurso, assumindo-se o ônus da incompletude e o possível empobrecimento no entendimento da matéria.

¹²⁴ Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 181.

¹²⁵ No sentido proposto por Aristóteles de justiça como meio-termo. (Ética a Nicômacos. 3ª ed. Brasília: UNB, 1999. Livro V).

3. Os problemas da aplicabilidade e efetividade dos direitos fundamentais

As hipóteses são redes: só quem as lança colhe alguma coisa.

Georg Friedrich Philip von Hardenburg (Novalis)

3.1. Introdução

No campo dos direitos fundamentais, a partir de sua positivação, o problema da fundamentação e do reconhecimento destes direitos estava, se não resolvido, ao menos justificado e legitimado.

“Com efeito, pode-se dizer [com Norberto Bobbio] que o problema do fundamento dos direitos humanos teve a sua solução atual na Declaração dos Direitos do Homem aprovada pela Assembléia-Geral das Nações Unidas, em 10 de dezembro de 1948”¹²⁶.

Porém, não se trata de uma fundamentação absoluta mas, na medida em que cada caso concreto se apresenta, buscar “os vários fundamentos possíveis”, na intenção de que, observadas as condições, os meios e as situações, “este ou aquele direito [possa] ser realizado”.

O grande pensador italiano, seguindo esta linha discursiva, em outra passagem, afirma:

Quero dizer que, nestes últimos anos, falou-se e continuase a falar de direitos do homem, entre eruditos, filósofos, juristas, sociólogos e políticos, muito mais do que se conseguiu fazer até agora para que eles sejam reconhecidos e protegidos efetivamente, ou seja, para

¹²⁶ A era dos direitos. Rio de Janeiro: Campus, 2002. p. 26.

transformar aspirações (nobres, mas vagas), exigências (justas, mas débeis), em direitos propriamente ditos (isto é, no sentido em que os juristas falam de 'direito')¹²⁷.

Com isto, não se trata só de reconhecer, justificar e proteger os direitos do homem, mas também, realizá-los.

Neste passo, este capítulo fixar-se-á em dois aspectos que implicam realização de um direito fundamental- mas que não esgotam o tema - quais sejam: a aplicação e a efetivação dos direitos fundamentais.

¹²⁷ A era dos direitos. Rio de Janeiro: Campus, 2002. p. 67.

3.2 Aplicabilidade, efetividade: noções e alcance

Poucos não são os trabalhos que discutem questões como as propostas, além de outras que lhes são intimamente relacionadas. Várias são as formulações utilizadas na Ciência do Direito para expressar o <<nascimento, vida e exaurimento das normas jurídicas>>.

A norma jurídica, para cumprir sua prescrição, deve ser aplicável a um comportamento humano e produzir o efeito esperado pelo ordenamento (jurídico e social).

A aplicabilidade da norma diz com a legitimidade de quem a dita, sua validade, vigência e eficácia - a produção de seus efeitos¹²⁸; sua realização, com a efetivação. <<Nascimento>> e <<vida>>, no primeiro caso, <<exaurimento>>, no segundo.

Maria Helena Dinis adverte que os termos acima enumerados geram grande confusão dada a proximidade conceitual que apresentam¹²⁹.

Num primeiro momento, cabe o esforço para diferenciar os significados dos termos eficácia e efetividade.

Por eficácia diz significar “virtude ou poder de (uma causa) produzir determinado efeito; qualidade ou caráter do que é eficaz”¹³⁰. Já a filosofia vê a eficácia como “o que produz o efeito para o qual tende”, ou de modo mais analítico, “propriamente precisa esta palavra ao restringir à ação de

¹²⁸ “Aplica-se a lei, interpretando, diz Cossio. Mas uma norma só é aplicável plenamente se estiver aparelhada para incidir, o que suscita várias questões, além da interpretação, como: Estará em vigor? Será válida ou legítima? Será apta a produzir os efeitos pretendidos, ou precisará de outras normas que lhe desenvolvam o sentido? Em outras palavras: tem, ou não, eficácia?” (SILVA, José Afonso da. Aplicabilidade das normas constitucionais. 3ª ed. São Paulo: Malheiros, 1998. p. 51).

¹²⁹ Lei de Introdução ao Código Civil brasileiro interpretada. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 1999. p. 48

¹³⁰ Dicionário Eletrônico Houaiss. Disponível no sítio: <http://www.uol.com.br>

um ser que modifica um outro ser sem nada perder ou ceder da sua própria natureza ou do seu poder de agir ulteriormente”¹³¹.

A eficácia da norma está em produzir seus efeitos sem perder a sua abstração, a sua generalidade; em provocar alteração no mundo fenomênico – restabelecendo a paz social ao punir um ilícito, revisar um negócio jurídico para que se enquadre na bitola da função social – sem alterar a sua substância.

Por efetividade, a seu turno, diz significar “caráter, virtude ou qualidade do que é efetivo; faculdade de produzir um efeito real; capacidade de atingir o seu objetivo real; realidade verificável; existência real”¹³². Nicola Abbagnano, fala que efetivo “é o mesmo que real”¹³³, enquanto André Lalande, expressa como “o que existe realmente, em oposição ao que só é possível”¹³⁴.

A realização do direito é sua efetividade no exato momento em que a norma se concretiza, ou é individualizada pela interpretação e aplicação ao caso concreto; é a mutação lógica que extrai do enunciado normativo abstrato a sua realização na norma individualizada.

Se a eficácia é a possibilidade de um efeito [abstração¹³⁵], a efetividade o efeito real [realidade].

Para além destes termos, outros, mais técnicos, carecem de esclarecimento. Neste diapasão, cabe fazer pequeno excursão pela teoria geral do direito para expor o que se entende deva significar cada uma destes outros termos, sem a pretensão de esgotamento de tão importante temática para não fugir ao enfrentamento do tema central.

fugir ao enfrentamento do tema central.
fugir ao enfrentamento do tema central.

¹³¹ LALANDE, André. Vocabulário técnico e crítico da filosofia. 3ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 1999. p. 289.

¹³² Dicionário Eletrônico Houaiss. Disponível no sítio: <http://www.uol.com.br>. O autor

Dicionário Eletrônico Houaiss. Disponível no sítio: <http://www.uol.com.br>. O autor

¹³³ Dicionário Eletrônico Houaiss. Disponível no sítio: <http://www.uol.com.br>. O autor registra que a palavra teve sua primeira ocorrência só no século XX.

¹³⁴ Dicionário de filosofia. 4ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2000. p. 306.

¹³⁴ Vocabulário técnico e crítico da filosofia. 3ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 1999. p. 289.

¹³⁵ Para utilizar termo mais moderno e mais preciso, a eficácia esta no campo da virtualidade, qualidade do que “existe apenas em potência e não em ato”. LALANDE, André. Vocabulário técnico e crítico da filosofia. 3ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 1999. p. 1217.

3.2.1 Aplicabilidade das normas

Aplicabilidade, “no sentido jurídico”, nos informa José Afonso da Silva, “diz-se da norma [jurídica] que tem possibilidade de ser aplicada”. E por aplicação, “atuação concreta da norma”¹³⁶.

Identifica-se um primeiro problema neste ponto. Saber se se aplica a norma ou se aplica o direito.

Na esteira do que já foi esclarecido acima, interpretar é reduzir a norma à sua preceituação mais concreta. “A norma é a interpretação do texto normativo”, pois o texto normativo é a linguagem que expressa uma norma em potência. A interpretação do texto normativo (objeto positivado do direito¹³⁷) conduz a uma norma concreta, aplicável¹³⁸.

No magistério de Eros Roberto Grau, baseado nas lições de Gadamer,

“*Interpretação e aplicação* não se realizam autonomamente. O intérprete discerne o sentido do texto a partir e em virtude de um determinado caso dado; a interpretação do direito consiste em *concretar a lei* em cada caso, isto é, na sua *aplicação*. Assim, existe uma equação entre interpretação e aplicação: não estamos, aqui, diante de dois momentos distintos, porém frente a uma só

¹³⁶ Aplicabilidade das normas constitucionais. 3ª ed. São Paulo: Malheiros, 1998. p. 13 e 51. Em palavras de Carlos Maximiliano, “a aplicação do direito consiste no enquadrar um caso concreto em a norma jurídica adequada” (Hermenêutica e aplicação do direito. 9ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1984. p. 6).

¹³⁷ REALE, Miguel. Lições preliminares de direito. 19ª ed. São Paulo: Saraiva, 1991. p. 188. Esclarece o insigne professor das Arcadas: “quando surgem as estruturas normativas ou modelos jurídicos, eles se põem ou se positivam como realidade objetiva”. (grifos originais)

¹³⁸ Francisco Amaral desenvolve raciocínio assemelhado: “aplicar a norma jurídica é, assim, enquadrar o fato concreto na hipótese legal (Tatbestand, fattispecie) [...]. Transporta-se para o caso particular a decisão que abstratamente a norma contém”. (Direito Civil: introdução. 5ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 82).

operação. *Interpretação e aplicação* consubstanciam um processo unitário, se superpõem”¹³⁹. (grifos originais)

Em conclusão: interpreta-se o direito; aplica-se a norma.

Num segundo passo, problema a ser enfrentado é o de delimitar cada termo (legitimidade, validade, vigência, eficácia e eficiência) atribuindo-lhes uma noção¹⁴⁰ com a intenção de reduzir suas significações a fenômenos distintos dentro do discurso proposto.

Para tanto, parte-se do fato “nascimento da norma” como premissa e linha de divisão principal, enfrentando o problema como precedentes e conseqüentes ao fato¹⁴¹. Cabe a ressalva de que a distinção ora proposta não exclui a possibilidade da descoberta de fenômenos que possam retirar a aplicabilidade¹⁴² da norma após a “autenticação” de sua existência; ao

¹³⁹ Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 84, passim. Carlos Maximiliano vê a equação por outra medida, para ele a aplicação pressupõe a interpretação. (Hermenêutica e aplicação do direito. 9ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1984. p. 8). A interpretação é sempre ato de autonomia do intérprete, de modo que o jurista pode, em seu mister, proceder a uma interpretação sem estar vinculado a uma aplicação, pois “a operação do jurista não é só abstração. Não deve ele permanecer neste plano. Sua tarefa é, também, a de concreção” (PEDROSO, Antonio Carlos de Campos. Normas jurídicas individualizadas. São Paulo: Saraiva, 1993. p. 81). Porém, só o intérprete autêntico produz a norma de decisão, como nos ensina Hans Kelsen.

¹⁴⁰ Neste trabalho optou-se por se utilizar o termo noção ao termo conceito, como já se pode ver em outras passagens, pois não se tem a pretensão de construir um tratado sobre os problemas propostos, mas contribuir com o discurso jurídico, principalmente enumerando alguns dos problemas existentes no Direito. Para diferenciar os termos noção e conceito, nos dirigimos à Nicola Abbagnano: noção como “operação, ato ou elemento cognitivo em geral” e conceito como: “todo processo que torne possível a descrição, a classificação e a previsão dos objetos cognoscíveis”. (Dicionário de filosofia 4ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2000. p. 164 e 713). A sabedoria dos antigos já nos advertia: *ominis definitio in iure civili periculosa est, rarum est enim ut non subverti posset* - No direito civil, toda definição é perigosa porque é difícil que não possa ser alterada (D. 50, 17, 202; a versão é apresentada por Francisco Amaral em *Direito Civil: introdução*. 5ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 97)

¹⁴¹ Esta concepção tem apoio na afirmação de Miguel Reale, para quem “a fonte refere-se mais propriamente às condições de validade dos preceitos jurídicos postos por ela, ao passo que os modelos jurídicos, como conteúdo das fontes, representam a atualização ou projeção destas no espaço e no tempo sociais, no plano de eficácia, ou do procedimento”. (Fontes e modelos do direito. Para um novo paradigma hermenêutico. 3ª tiragem. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 4)

¹⁴² Trata-se, principalmente, das formas de controle jurisdicional de constitucionalidade das normas, que se operam, em regra, após a autenticação de suas existências.

contrário, tem-se a intenção de traçar limites razoáveis entre os termos, como já anunciado.

3.2.1.1 Noções precedentes

O nascimento da norma¹⁴³ se dá com a sua promulgação, ato que lhe atesta a existência. Até este ato não há norma, há projeto, nos termos do artigo 66, e seus parágrafos, da Constituição Federal¹⁴⁴, *verbis*:

Art. 66. A casa na qual tenha sido concluída a votação enviará o **projeto de lei** ao Presidente da República, que, aquiescendo, o sancionará.

(*omissis...*)

§ 5º - Se o veto não for mantido, será o **projeto** enviado, para promulgação, ao Presidente da República.

(*omissis...*) (Grifou-se)

Os atos que antecedem a promulgação, na fase de elaboração legislativa, devem observar procedimento estabelecido na Constituição Federal. Nesta fase destacam-se dois dos termos propostos a estudo que influenciarão a vida da norma: legitimidade e validade.

Por legitimidade deve-se entender “um atributo do Estado, que consiste na presença, em uma parcela significativa da população, de um grau de

¹⁴³ Utiliza-se, aqui, norma como sentido genérico de lei. (RÁO, Vicente. O direito e a vida dos direitos. 5ª ed. São Paulo: RT, 1999. p. 281-20). “Podemos referir a função legislativa como aquela de emanar estatuições primárias, geralmente – mas não necessariamente – com conteúdo normativo, sob a forma de lei”. (GRAU, Eros Roberto. O direito posto e o direito pressuposto. 4ª ed. São Paulo: Malheiros, 2002. p. 241). (grifos originais).

¹⁴⁴ A transcrição é apenas exemplificativa, por este motivo as omissões.

consenso capaz de assegurar a obediência sem necessidade de recorrer a força”¹⁴⁵.

Não se deve, entretanto, confundir os conceitos de legitimidade e legalidade. A discussão entre a legitimidade e legalidade toma como ponto de partida a idéia de relativização de justiça e bem comum e a conseqüente distinção entre a obediência obtida pela eficácia do poder e a obediência sustentada na autoridade da lei e do direito, lá a legitimidade, aqui a legalidade. Neste sentido, a legalidade, compreendida como um conjunto de leis hierarquizadas e escalonadas pelo Estado para regulamentar os setores públicos e privados da sociedade, apresenta-se como fundamental para eliminar o arbítrio pessoal dos que detém o poder, transmitindo segurança nas expectativas e garantindo o princípio da certeza jurídica.¹⁴⁶

A legitimidade é conferida a certa ordem política por expressão da aceitação de sua Constituição, pressupondo “uma conformidade substancial com a idéia de direito, os valores, os interesses de um povo num determinado momento histórico”, conferindo “legitimação aos respectivos titulares do poder político”¹⁴⁷.

O problema é enfrentado por Eros Roberto Grau em minucioso estudo, no qual ele afirma:

Podemos afirmar que a norma jurídica [direito posto] é legítima – dotada de legitimidade – quando existir correspondência entre o comando nela consubstanciado e o sentido admitido e consentido pelo todo social [direito

¹⁴⁵ BOBBIO, Norberto, et. alli. Dicionário de política. vol. 2. 12^a ed. Brasília: UNB, São Paulo: IMESP, 2002. p. 675.

¹⁴⁶ FARIA, José Eduardo. Poder e Legitimidade, São Paulo: Perspectiva, 1978, p. 40, 78, *passim*.

¹⁴⁷ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Direito Constitucional e teoria da constituição. 2^a ed. Coimbra: Almedina, 1998. p. 1275.

pressuposto], a partir da realidade coletada como justificadora do preceito normatizado¹⁴⁸.

O mesmo autor, na seqüência do texto, anota que a legitimidade decorre do influxo entre o poder [autoridade] e consenso social e que “o poder reforçado pela autoridade é capaz de elaborar normas jurídicas legítimas”. Em outra passagem, e aqui reside maior interesse, Eros Roberto Grau caracteriza dois critérios para caracterizar a ilegitimidade da norma jurídica: se ilegítimo o poder de onde a norma emerge, ou se falta ao poder, autoridade. E ligado ao segundo critério, o autor estabelece dois momentos para a descoberta da ilegitimidade: originário ou superveniente.

A ilegitimidade originária é consequência ao equivocado e impreciso exercício da atividade de elaboração da norma jurídica: há carência de autoridade na sua formulação; os dados sociais não são devidamente recolhidos ou aplicados àquela formulação; a norma posta é adversa ao *direito pressuposto*.

A ilegitimidade superveniente caracteriza-se quando o texto normativo, originariamente legítimo, em função do dualismo *imobilidade relativa das normas de direito posto x progressão contínua das realidades sociais*, a partir de determinado momento passa a figurar-se ilegítimo – isto é, torna-se adverso ao *direito pressuposto*. (grifos originais)

Donde que a emissão de uma norma por quem não detenha legitimação não terá aplicação sobre dado ordenamento jurídico, pois lhe falta o reconhecimento jurídico e social.

Como afirma Miguel Reale,

Quando uma lei, uma sentença, um costume ou um negócio jurídico são produzidos de acordo com os parâmetros

¹⁴⁸ O direito posto e o direito pressuposto. 4ª ed. São Paulo: Malheiros, 2002. p. 86-93.

superiores que disciplinam sua elaboração, eles *adquirem juridicidade*, determinando o que pode e deve ser considerado “de direito” por seus destinatários. [...] é inseparável o conceito de *fonte* da idéia de *obrigatoriedade* das normas por ela enunciadas, e essa obrigatoriedade inexisteria se não houvesse um *poder* (legislativo, costumeiro, jurisdicional, negocial) capaz de instaurar vínculos de caráter coercitivo¹⁴⁹. (grifos originais)

A validade requer maior atenção. Tradicionalmente a validade é vista sob os mais diversos aspectos, sendo equiparada, por vezes, à eficácia e à vigência da norma¹⁵⁰, que neste estudo, estão ligados a um outro momento fenomenológico da “vida” da norma.

Norberto Bobbio vê a validade como problema da existência da norma, em suas palavras: “o problema da *validade* é o problema da *existência* da regra enquanto tal, independente do juízo de valor sobre ela ser justo ou não”¹⁵¹. (grifos originais)

Para Hans Kelsen a validade da norma é obtida de uma norma fundamental que lhe é superior e que resulta de “um ato especial de criação”, como norma posta, numa “construção escalonada” da ordem jurídica¹⁵².

Deste modo, a validade da norma diz com a sua gestação e nascimento. Qualquer vício na elaboração da norma, ou sua incompatibilidade, desde a origem, com outras normas que lhe sejam superiores, acarretará em sua invalidade, *ab ovo*.

¹⁴⁹ Fontes e modelos do direito: para um novo paradigma hermenêutico. 3ª tiragem. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 14-5

¹⁵⁰ Norberto Bobbio fez elucidativo inventário sobre a questão, sob o sugestivo nome: “Possíveis confusões”. (Teoria da norma jurídica. Bauru: EDIPRO, 2001. p. 51-5).

¹⁵¹ Teoria da norma jurídica. Bauru: EDIPRO, 2001. p. 46.

¹⁵² Teoria pura do direito. 4ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 1994. p. 221 e 224, *passim*.

Por este motivo, fala-se em validade formal e validade material de uma norma jurídica. Validade formal consubstanciada na observação compulsória das competências e procedimentos (*due process of law*) para a sua elaboração¹⁵³. Validade material, se o conteúdo de uma norma posta for incompatível com as normas que lhe são superiores¹⁵⁴.

O controle de legitimidade e de validade das normas, no ordenamento jurídico brasileiro, está coerentemente desenvolvido, constituindo-se em linhas gerais por uma fase extrajudicial e política¹⁵⁵, onde o controle se dá pelo veto presidencial ao projeto de lei e pela sustação de ato pelo Congresso Nacional¹⁵⁶, e por uma fase judicial, seja através de um controle difuso de legalidade e constitucionalidade, seja através de um controle concentrado de inconstitucionalidade¹⁵⁷.

Os casos de antinomia, acima estudados, não implicam a declaração da invalidade da norma pelo intérprete autêntico, pois as normas antinômicas são, por definição, válidas, mas tão somente na não aplicação da norma conflitante a um caso concreto dado.

¹⁵³ REALE, Miguel, Lições preliminares de direito. 19ª ed. São Paulo: Saraiva, 1991. p. 105-112. Diniz, Maria Helena. Lei de Introdução ao Código Civil brasileiro interpretada. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 1999. p. 48-9.

¹⁵⁴ GUSMÃO, Paulo Dourado de. Introdução ao estudo do direito. 19ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1996. p. 64.

¹⁵⁵ CAPPELLETTI, Mauro. O controle judicial de constitucionalidade das leis no direito comparado. 2ª ed. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1999. p. 26 e segs.

¹⁵⁶ CUNHA FERRAZ, Anna Candida da. Apontamentos sob o controle de constitucionalidade. Revista da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo, São Paulo, nº 34, dez. 1990. p. 35.

¹⁵⁷ Dentre as muitas e valorosas obras acerca do tema, foram consultadas as seguintes: MENDES, Gilmar Ferreira. Jurisdição constitucional: O controle de normas no Brasil e na Alemanha. São Paulo: Saraiva, 1996 327 p.; COLE, Charles D. Interpretação constitucional: Dois séculos de reflexão. Revista de Direito Público. Tradução de Rui Cascardi. São Paulo, a. 22, nº 90, p. 21-49. abr./jun. 1989; BITTENCOURT, Carlos Alberto Lúcio. O controle jurisdicional da constitucionalidade das leis. Atualizado por José Aguiar Dias. Apresentação de Nelson A. Jobim. Introdução de Inocêncio Mártires Coelho. Brasília: Ministério da Justiça, 1997. 164 p.

3.2.1.2 Noções conseqüentes

Se a legitimidade e a validade são fenômenos antecedentes à existência de uma norma, a vigência e eficácia são conseqüentes desta existência.

Não basta ao Estado criar a norma respeitando a legitimidade e a validade para que ela se torne obrigatória; estes dois critérios são pressupostos de existência da norma.

A obrigatoriedade da norma decorre de sua publicação¹⁵⁸.

Diz-se, portanto, que a norma, após sua publicação, e vencido o prazo que ela mesma, ou o ordenamento, conferem aos seus destinatários como *favor legis* antes da submissão¹⁵⁹, adquire vigor¹⁶⁰. Vicente Ráo trata do tema sob os seguintes argumentos:

Elaborada e aprovada pelo Poder Legislativo, sancionada, promulgada e publicada pelo Poder Executivo, a lei começa a produzir efeitos obrigatórios no dia por ela indicado, ou, na falta de indicação, ou de disposição especial de lei outra que lhe marque o início da vigência,

¹⁵⁸ DINIZ, Maria Helena. *Lei de Introdução ao Código Civil brasileiro interpretada*. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 1999. p. 47. No mesmo sentido: Nery, Rosa Maria Barreto Borrielo de Andrade. *Vínculo obrigacional: relação jurídica de razão (técnica e ciência de proporção) (uma análise histórica e cultural)*. Tese de Livre-Docência. São Paulo, 2004. p. 78, nota 14.

¹⁵⁹ “A produção legislativa do direito resolve-se em uma contraposição nítida entre o *conditor* e o *subditus iuris*, ou seja, entre o legislador e as partes: o primeiro enquanto comando, fala (donde o nome de lei) e as partes escutam”. (CARNELUTTI, Francesco. *Teoria geral do direito*. São Paulo: Lejus, 1999. p. 146). Este mesmo autor anota que lei, “em sua origem latina (*lex*, de *legere*), alude à forma da norma artificial, que se resolve em um dizer: quem diz é o rex e, dizendo, rege, isto é, regula” (*idem, ibidem*. P. 129).

¹⁶⁰ No Brasil, a metanorma que rege a matéria encontra-se prescrita no artigo 1º da Lei de Introdução ao Código Civil, *verbis*: Art. 1º. Salvo disposição contrária, a lei começa a vigorar em todo o país 45 (quarenta e cinco) dias depois de oficialmente publicada.

findo o prazo estabelecido pelos preceitos de ordem geral, que regem na matéria¹⁶¹.

Desta forma, a vigência de uma norma tem como antecedentes lógicos sua validade e legitimidade dentro do ordenamento jurídico, com estes não se confundindo.

Conclui-se, assim, com Paulo Dourado de Gusmão que “no sentido técnico-jurídico, vigência é a dimensão temporal espacial da obrigatoriedade do direito”¹⁶².

Por fim, resta enfrentar o termo eficácia e para tanto valer-se-á, inicialmente, das palavras de Miguel Reale, para quem entre a eficácia e a validade da norma existe uma correlação, na medida em que ambas não podem existir em estado puro, pois, se “uma norma jurídica é válida, tal afirmação implica admitir que ela importa necessariamente *efeitos* no plano factual”; se a norma tem eficácia, “esta só é jurídica na medida em que pressupõe a validez da norma que a insere no mundo jurídico”¹⁶³.

O desenvolvimento proposto para a abordagem da questão da validade em nada se afasta da concepção de Miguel Reale no que tange ao aspecto da eficácia da norma, pois não conflita com a posição de a validade ser pressuposto da existência [promulgação] da norma.

Quanto ao outro aspecto, a afirmação de Miguel Reale é em parte verdadeira na medida em que uma norma inválida pode entrar em vigor e produzir efeitos concretos na ordem jurídica até que seja afastada pelos meios de controle de validade acima sumarizados. Porém, se a invalidez for

¹⁶¹ RÁO, Vicente. *O direito e a vida dos direitos*. 5ª ed. São Paulo: RT, 1999. p. 322-3.

¹⁶² *Introdução ao estudo do direito*. 19ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1996. p. 64.

¹⁶³ *Fontes e modelos do direito. Para um novo paradigma hermenêutico*. 3ª tiragem, São Paulo: Saraiva, 2002. p. 4. O grifo é do autor.

descoberta antes de sua vigência, nenhum efeito produzirá, não se podendo falar em eficácia¹⁶⁴.

“A eficácia de uma norma, por sua vez, indica, em sentido técnico, que ela tem possibilidade de ser aplicada, de exercer e produzir seus próprios efeitos”¹⁶⁵. Potência e não realização. Por este motivo localiza-se a eficácia no campo da aplicabilidade da norma.

Neste passo cabe ressaltar o posicionamento de Natalino Irti, para quem o efeito jurídico é elemento estrutural interno de qualquer norma jurídica – ao lado da *fattispecie*, no sentido de que a norma jurídica hipotetiza um comportamento humano [*fattispecie*] e descreve, para o futuro, o efeito decorrente da realização deste comportamento¹⁶⁶.

Donde pode-se inferir que eficácia é *a possibilidade intrínseca de uma norma jurídica produzir efeitos jurídicos*.

¹⁶⁴ Não se pode esquecer a advertência de Norberto Bobbio acerca das normas que podem alcançar a validade pela eficácia, nos ordenamentos consuetudinários, de que esta validade não é dada só pelo costume, posto que nestes sistemas a norma só é considerada válida se acolhida e reconhecida pelos órgãos competentes a tanto. (Teoria da norma jurídica, Bauru: EDIPRO, 2001. p. 50).

¹⁶⁵ DINIZ, Maria Helena. Lei de Introdução ao Código Civil brasileiro interpretada. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 1999. p. 51.

¹⁶⁶ Pontifica o civilista italiano: “El derecho no manda abstractamente y categóricamente (como sucede en los preceptos religiosos y éticos); sino que establece efectos para la hipótesis en que ocurra un determinado hecho. La realización del hecho determina la producción de los efectos: si A, entonces B; A es, entonces B. El efecto está previsto, como máxima, no como un comportamiento de un sujeto particular, sino como tipo de comportamiento que puede ser referido a la generalidad de los miembros de la Sociedad. [...] Los dos elementos [*fattispecie* e efeito] son termos de una correlación lógica. [...] la correlación existe porque existe una norma que la contiene y enuncia; y existe solamente con respecto a dicha norma. [...] Las proposiciones de la ciencia jurídica [enunciados formativos] describen el contenido de normas [*fattispecie* e efeito], y por lo tanto, enuncian que dicho efecto tiene detrás de la realización de dicho hecho. Esta correlación no es elaborada por la ciencia, como modo de ordenar y de hacer inteligibles fenómenos del mundo externo: constituye, más bien, el contenido del mismo fenómeno estudiado”. (Introducción al estudio del derecho privado. Lima: Grijley, 2003. pp. 66-7, 136, 139, *passim*). (grifos originais)

3.2.2 Efetividade como realização

Alguma confusão existe na doutrina acerca do termo efetividade, relacionando-o à idéia de eficácia social da norma. Tal confusão decorre do problema de se colocar a efetividade [realização], no mesmo âmbito temático da eficácia [aplicabilidade], o que, para este estudo, reduzem-se a âmbitos logicamente distintos de atuação da norma.

Como exemplo, pode-se citar Hans Kelsen, para quem a eficácia da norma se caracteriza pelo “fato real de ela ser efetivamente aplicada e observada, da circunstância de uma conduta humana conforme a norma se verificar na ordem dos fatos”¹⁶⁷. Na doutrina nacional, tal posicionamento é defendido por José Afonso da Silva, que aduz: “a eficácia social designa uma efetiva conduta acorde com a prevista pela norma; refere-se ao fato de que a norma é realmente obedecida e aplicada”¹⁶⁸.

Porém, por efetividade não se entende o mesmo que se designa como eficácia social.

A efetividade, como se salienta desde o início do tópico, existe no âmbito da realização do direito. Por realização do direito segue-se a orientação de Francisco Amaral:

Entende-se a realização do direito como a decisão judicial concreta, distinguindo da *aplicação*, mero procedimento de conexão silogística dos fatos com as regras jurídicas. A metodologia da realização ou determinação do direito estudaria, portanto, os procedimentos com que se decidem

¹⁶⁷ Teoria pura do direito. 4ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 1994. p. 11.

¹⁶⁸ Aplicabilidade das normas constitucionais. 3ª ed. São Paulo: Malheiros, 1998. p. 65.

os casos jurídicos, questões jurídicas concretas, determinando-se o que é justo¹⁶⁹. (grifos originais)

Porém, vai-se mais longe. O direito existe para realizar-se¹⁷⁰. Ou em sábias palavras proferidas por Jhering: A finalidade do direito é realizar-se.

Tal noção vai ao encontro do que a doutrina especializada no âmbito do direito processual entende por efetividade.

Para Cândido Rangel Dinamarco, a efetividade do processo se expressa no momento em que ele “cumpre toda a sua função sócio-político-jurídica”, e acrescenta, numa outra passagem:

Pois a efetividade do processo, entendida como se pressupõe, significa a sua almejada aptidão a eliminar insatisfações, com justiça e fazendo cumprir o direito, além de valor como meio de educação geral para o exercício e respeito aos direitos e canal de participação dos indivíduos nos destinos da sociedade e assegurar-lhes a liberdade¹⁷¹.

A preocupação com a efetividade do processo está umbilicalmente ligada à questão da efetividade [realização] do direito, posto que, frente a uma pretensão resistida, o indivíduo se volta ao poder estatal na busca da realização de seu interesse, o que se deduz das seguintes palavras de Giuseppe Chiovenda: “il processo deve dare per quanto possibile praticamente

¹⁶⁹ Direito Civil. Introdução. 5ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 48.

¹⁷⁰ BARROSO, Luis Roberto. A efetividade das normas constitucionais revisitada. Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, n. 197, jul./set. 1994. p. 36.

¹⁷¹ A instrumentalidade do processo. 4ª ed. São Paulo: Malheiros, 1994. p. 270-1.

a chi há um diritto tutto quell e próprio quello ch'egli há diritto de conseguire"¹⁷².

No momento mesmo da provocação do Estado “quatro aspectos fundamentais” se apresentam: “a) a admissão em juízo [princípio do acesso à Justiça]; b) o modo de ser do processo [*due process of law*]; c) a justiça das decisões; d) a sua utilidade”¹⁷³.

Deste modo, caracteriza-se o enunciado da realização do direito pela decisão judicial. Porém, não só a norma de decisão, a norma descoberta pelo intérprete autêntico é realização do direito; no dizer de Hans Kelsen: criação do direito¹⁷⁴.

Também a interpretação levada a efeito por um particular que tem de observar o direito, compreendendo-o e determinando o conteúdo das normas jurídicas, seja na prática decisão de uma conduta, seja na prática realização de um negócio jurídico¹⁷⁵, realiza o direito. Como já assinalado acima, o ato de interpretar diz com o desdobrar das normas até atingir a sua preceituação mais concreta.

Neste sentido, porém ainda vinculando a efetividade à eficácia social, que Luiz Roberto Barroso defende a efetivação das normas constitucionais como a sua plena realização, seja pelo cumprimento voluntário dos preceitos constitucionais, seja pela exigência de realização destes direitos pela via judicial¹⁷⁶.

¹⁷² Dell'azione nascente dal contratto preliminare. In: Saggi di diritto processuale civile, I. 2ª ed. Roma: Foro Italiano, 1930. *apud* MACHADO, Antonio Claudio da Costa. Direito e processo, processo e efetividade. Revista do Mestrado em Direito do UNIFIEO, Osasco, a. 3, nº 1, 2003. p. 61.

¹⁷³ DINAMARCO, Cândido Rangel. A instrumentalidade do processo. 4ª ed. São Paulo: Malheiros, 1994. p. 273.

¹⁷⁴ Teoria pura do direito. 4ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 1994. p. 393.

¹⁷⁵ KELSEN, Hans. Teoria pura do direito. 4ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 1994. p. 387.

¹⁷⁶ BARROSO, Luis Roberto. A efetividade das normas constitucionais revisitada. Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, n. 197, p. 30-60, jul./set. 1994

Esta argumentação encontra respaldo no exemplo proposto por Carnelutti, trazido aqui pelas palavras de Eros Roberto Grau: “o homem faminto, que sem nenhuma moeda, ao passar por uma barrada de frutas não arrebatava uma maçã interpreta um texto de direito – que coíbe o furto -, *produzindo norma*. Porque a interpretação do direito consiste em *concretar a lei* em cada caso [...]”¹⁷⁷, dir-se-ia, realizar o direito.

Não é, portanto, apenas a decisão levada a efeito pelo juiz, dizendo a norma para o caso concreto, que realiza o direito.

No âmbito do Direito Privado, no campo de atuação da autonomia privada¹⁷⁸, também se pode realizar o direito.

Em palavras de Paul Oertmann, “el derecho privado sirve al impulso de la *propia conservación* protegiendo al individuo en su misma persona, en su propio ser”¹⁷⁹.

Mas não protege a pessoa como ser isolado, mas sim a protege no cotejo de suas relações, em outras palavras: “o direito civil (de *cives* = cidadão) situa-se no *núcleo mais íntimo e fundamental da sociedade*; disciplina as *relações de pessoa para pessoa*, que constituem o cerne e o conteúdo necessário para a vida em sociedade e ao serviço de cuja possibilidade e desenvolvimento está toda a organização social¹⁸⁰”. (grifos originais)

Emilio Betti, ao discursar sobre os negócios jurídicos, afirma que a iniciativa privada é o meio próprio para promover a circulação dos bens, na medida em que cada indivíduo é livre para dispor dos seus bens, ou ambicionar tê-los, afirma ainda que:

¹⁷⁷ Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 84. Os grifos são originais.

¹⁷⁸ A autonomia privada é vista “como autoridade, e como *potestas* de auto-regulação dos próprios interesses e relações, exercidas pelo próprio titular deles” (BETTI, Emilio. Teoria geral do negócio jurídico. tomo I. Campinas LZN editora, 2003. p. 71).

¹⁷⁹ Introducción al derecho civil. Barcelona: Editorial Labor, 1933, p. 26.

¹⁸⁰ MOTA PINTO, Carlos Alberto da. Teoria geral do direito civil. 3ª ed. Coimbra: Editora Coimbra, 1992. p. 44.

Os interesses que o direito privado disciplina, existem na vida social, independentemente da tutela jurídica. [...] Os próprios particulares, nas suas relações recíprocas, provêm à satisfação das suas necessidades, de acordo com a sua livre apreciação¹⁸¹.

É nesta livre apreciação, como poder de auto-determinar-se, que a pessoa realiza suas necessidades, necessidades estas que são elevadas e reconhecidas pelo direito como jurídicas posto, que conferem à distribuição de bens e troca de serviços sua sanção. Seguindo ainda o magistério de Emilio Betti, podemos ler:

A sanção do direito apresenta-se como qualquer coisa acrescentada e logicamente posterior: mais precisamente, como um reconhecimento da autonomia. Em consequência deste reconhecimento, os negócios da vida privada elevam-se à dignidade de negócios jurídicos e tornam-se *instrumentos*, que o próprio direito põe à disposição dos particulares, para servirem de bases a seus interesses na vida de relação”¹⁸².

Ora, se os indivíduos dentro da sociedade exercem sua autonomia para suprirem suas necessidades através de negócios, que são reconhecidos pela ordem jurídica como jurídicos, estes são negócios jurídicos.

Por outro lado, dúvidas não existem acerca da idéia de que os negócios jurídicos constituam-se em norma individualizada à qual os participantes estão submetidos.

¹⁸¹ BETTI, Emilio. Teoria geral do negócio jurídico. tomo I. Campinas LZN editora, 2003. p. 64.

¹⁸² Teoria geral do negócio jurídico. tomo I. Campinas LZN editora, 2003. p. 67. Luis Díez-Picazo entende que a sanção aplicável em matéria de direito civil, em geral, é a nulidade do ato praticado. (Sistema de derecho civil, vol I. 10ª ed. Madrid: Tecnos, 2001. p.194-5).

Tal afirmação extrai-se do magistério de Antonio Carlos de Campos Pedroso o qual, fundado na distinção que Norberto Bobbio faz acerca de imperativos autônomos e heterônomos¹⁸³, aduz que esta diferenciação:

[...] permite não só reconhecer a possibilidade de poderes normativos dos particulares como também distinguir estes poderes dos do Estado. O poder normativo não existe apenas no exercício da função pública. Pode ser conferido aos particulares, dentro de certos limites para fins específicos: a elaboração de normas individualizadas que venham a complementar as normas genéricas no momento da realização de negócios jurídicos¹⁸⁴.

Em outro aspecto, o exercício destes direitos, que implicam a criação da norma individual decorrente do negócio jurídico, significa que houve por parte dos participantes do negócio um juízo prévio sobre qual norma concretamente, e com que alcance, deve regular a relação negocial; houve interpretação, uma valoração e redução à norma jurídica concreta.

Se for verdade que a interpretação resolve um conflito posto à apreciação ao intérprete autêntico, pela descoberta do sentido da norma – norma de decisão, não menos verdade será que a norma revelada no âmbito da gênese do negócio jurídico ou “introduz um conflito (se descumprida a norma) ou impede o conflito (se observada a norma)”¹⁸⁵.

O direito precisa transforma-se em realidade eficiente, no interesse coletivo e também no individual. Isto se dá, ou mediante a atividade dos particulares no sentido de

¹⁸³ “Com respeito à relação entre sujeito ativo e passivo, distinguem-se os imperativos autônomos dos heterônomos. Diz-se autônomos aqueles imperativos nos quais uma mesma pessoa é quem formula a norma e quem executa a norma. Diz-se heterônomos aqueles nos quais quem formula a norma e quem a executa são pessoas diversas”. (teoria da norma jurídica. Bauru: EDIPRO, 2001., P. 89).

¹⁸⁴ Normas jurídicas individualizadas. Teoria e aplicação. São Paulo: Saraiva, 1993. p. 37.

¹⁸⁵ GRAU, Eros Roberto. Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 85.

cumprir a lei, ou pela ação, espontânea ou provocada, dos tribunais contra as violações das normas expressas¹⁸⁶.

No primeiro caso, volta-se ao socorro da justiça para realizar o direito – nos limites preconizados por Francisco Amaral; no segundo, a realização operou-se plenamente.

Este é o desfecho da evolução: o direito objetivo, efetivamente realizado, e o senso subjetivo de justiça, ambos à mesma altura, ambos se condicionando e respaldando reciprocamente¹⁸⁷.

Não se pode, deste modo, confundir a eficácia do direito, seus possíveis efeitos no âmbito de aplicação, com a realização – efetividade – do direito, sua concreção no mundo fenomênico.

Na bem elaborada síntese de António Manuel da Rocha e Menezes Cordeiro “a realização do direito é unitária” mas não se encerra na unidade da aplicação e interpretação do direito [aplicabilidade], “há que passar da interpretação à aplicação e, destas às fontes e aos factos, tantas vezes quantas as necessárias para obter uma síntese que supere todas estas fases, na decisão constituinte final [efetividade]”¹⁸⁸.

Dentre as funções do direito, destaca-se a de meio e fim para a paz social. Assim que, a sanção é dissuasão ao ilícito. Um dos efeitos esperados pela incidência da norma é a abstenção pelo particular, na elaboração de negócios jurídicos, da prática do ilícito, anseio de paz social, isto porque “o princípio da autonomia da vontade deve estar em harmonia com a ordem

¹⁸⁶ MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e aplicação do direito*. 9ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1984. p. 6.

¹⁸⁷ JHERING, Rudolf von. *A finalidade do direito*, tomo I, Campinas: Bookseller, 2002. p. 256.

¹⁸⁸ Introdução à edição portuguesa – *A realização do direito*. In: CANARIS, Claus-Wilhelm. *Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito*. 2ª ed. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1996. p. civ-cv.

pública”¹⁸⁹. Cumprido este anseio, o direito se realiza. Praticado um ilícito, o Estado atua e faz realizar a norma em seus ulteriores efeitos e aplica a sanção restaurando a ordem. A norma não cumpriu sua eficácia social esperada, mas “sua autoridade foi reafirmada pela pronta atuação dos órgãos estatais [...] Em outras palavras, o direito não teve [*prima facie*] eficácia social, mas teve efetividade”¹⁹⁰.

¹⁸⁹ PEDROSO, Antonio Carlos de Campos. Normas jurídicas individualizadas. São Paulo: Saraiva, 1993. p. 41.

¹⁹⁰ BARROS, José Manoel de Aguiar. A luta pelo direito: eficácia social e efetividade. Revista dos Tribunais, São Paulo, v. 91, n. 804, p. 453-60, out. 2002.

3.3. Eficácia dos direitos fundamentais

Partindo-se dos pressuposto levantado no capítulo antecedente, de que a eficácia da norma jurídica se localiza no âmbito da aplicabilidade da norma, é que o presente capítulo será levado à discussão.

Para tanto, primeiramente, será sumarizado o problema da eficácia das normas de direito fundamental nos termos em que a doutrina tradicionalmente o trata, levando-se em consideração o problema da aplicação e eficácia em relação ao destinatário final da norma para, a seguir, reduzir o problema à orientação proposta.

3.3.1. A eficácia das normas constitucionais e o problema da efetividade

Para que se possa melhor compreender o problema da aplicabilidade das normas de direito fundamental no que concerne à sua eficácia, inicialmente será explicitado o campo de eficácia das normas de Direito Constitucional, gênero ao qual as normas de direito fundamental, em geral, se ligam. Para isto observar-se-á a obra de José Afonso da Silva. E, sempre que pertinente, far-se-á a remissão às normas de direito fundamental diretamente.

Em termos já abordados acima, o direito existe para realizar-se. Desta constatação pode-se inferir que as normas jurídicas, elementos de expressão do direito, independente de quem sejam seus destinatários¹⁹¹, existem para ser aplicadas com o fim último de realizar o direito. Não existe, assim, norma jurídica que se não possa aplicar. “As normas jurídicas, inclusive as

¹⁹¹ Sobre os destinatários das normas o leitor poderá ilustrar-se na obra de Norberto Bobbio, Teoria da norma jurídica. Bauru: EDIPRO, 2001. p. 119-44.

constitucionais, são criadas para reger relações sociais, condutas humanas; enfim, para serem aplicadas”¹⁹².

Em precisas palavras assim se expressa Rui Barbosa:

Não ha, numa Constituição, clausulas, a que se deva attribuir meramente o valor moral de conselhos, avisos ou lições. Todas tem a força imperativa de regras, ditadas pela soberania nacional ou popular a seus órgãos¹⁹³.

Por certo que só são normas jurídicas as legítimas, válidas e vigentes¹⁹⁴ e só se aplicam se forem eficazes¹⁹⁵, possibilidade de gerar efeitos. Como exemplo, não se aplica a um contrato de doação, a norma penal que descreve a forma que se deve calcular a sanção penal (art. 59, do Código Penal), apesar de ser uma norma válida, porque nenhum efeito gerará sobre o suporte fático da relação negocial.

Poder-se-ia, neste passo, abrir parênteses para esclarecer um falso paradoxo que a confusão acerca da eficácia social como efetividade, pregada pela maioria da doutrina, faz nascer, qual seja: a norma é eficaz [eficácia social] porque se aplica ou se aplica porque é eficaz [eficácia jurídica]?

Na distinção proposta entre eficácia e efetividade, aquela no campo da aplicabilidade, esta do exaurimento da norma aplicável ao caso concreto, não cabe tal confusão. Reafirmando o que já dito, a norma só se aplica se for eficaz; se houver possibilidade de seus efeitos alcançarem um fato

¹⁹² SILVA, José Afonso da. Aplicabilidade das normas constitucionais. 3ª ed. São Paulo: Malheiros, 1998. p. 51.

¹⁹³ Commentários à Constituição Federal Brasileira (colligidos e ordenados por Homero Pires), vol II. São Paulo: Saraiva, 1933. *apud* SARLET, Ingo Wolfgang. A eficácia dos direitos fundamentais. 4ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004. p.236).

¹⁹⁴ Exceção deve ser feita às normas que percam esta qualidade por algum vício, como já salientado mais acima, pois apesar de não cumprirem um desses pressupostos, podem vir a gerar efeitos.

¹⁹⁵ “Uma norma só é aplicável na medida em que é eficaz” (SILVA, José Afonso da. Aplicabilidade das normas constitucionais. 3ª ed. São Paulo: Malheiros, 1998. p. 60)

que se subsume a certa norma. Ao contrário, a aplicação da norma que venha a realizar um direito, exaurindo sua função, diz-se efetividade.

Por outro lado, a Constituição Federal traz em seu artigo 5º, § 1º, ordem expressa de aplicação imediata das normas de direitos fundamentais, *verbis*:

Artigo 5º.(*omissis...*)

§ 1º - As normas definidoras de direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata.

Parafraseando Celso Antonio Bandeira de Mello¹⁹⁶, se um ser dotado de inteligência, vindo dos confins do universo, aportasse no Brasil e resolvesse entender o ordenamento jurídico pátrio inexoravelmente perguntaria: se toda norma existe para ser aplicada, porque a Constituição expressamente manda que se aplique determinada classe de normas?

Vencido este ponto, volta-se à doutrina de José Afonso da Silva acerca da aplicabilidade das normas constitucionais. Para o constitucionalista paulista, se toda norma jurídica é aplicável, não se há falar em normas que não se possam aplicar. Ao contrário, elabora uma classificação que categoriza as normas constitucionais em três diferentes planos de eficácia:

- a) normas constitucionais de eficácia plena – incluem todas as normas que, desde a entrada em vigor da constituição, produzem todos os seus efeitos essenciais (ou tem a possibilidade de produzi-los), todos os objetivos visados pelo legislador constituinte, porque este criou, desde logo, uma normatividade¹⁹⁷ para isto suficiente, incidindo direta e

¹⁹⁶ O caso do aporte do extraterrestre levantado pelo citado jurista, porém com conteúdo um tanto diferente, foi noticiado em: BARROSO, Luis Roberto. A efetividade das normas constitucionais revisitada. Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, n. 197, jul./set. 1994. p. 33.

¹⁹⁷ Por normatividade deve-se entender “o efeito global da norma num determinado processo de concretização”. CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Direito Constitucional e teoria da constituição. 2ª ed. Coimbra: Almedina, 1998. p. 1076.

imediatamente sobre a matéria que lhes constitui objeto; são de aplicabilidade direta, imediata e integral;

- b) normas constitucionais de eficácia contida – constituem normas que incidem imediatamente e produzem (ou podem produzir) todos os efeitos queridos, mas prevêm meios ou conceitos que permitam manter a sua eficácia contida em certos limites, dadas certas circunstâncias; são de aplicabilidade direta, imediata, mas não integral;
- c) normas constitucionais de eficácia limitada ou reduzida – as que não produzem, com a simples entrada em vigor, todos os seus efeitos essenciais, porque o legislador constituinte, por qualquer motivo, não estabeleceu, sobre a matéria, uma normatividade para isto bastante; são de aplicabilidade indireta, mediata e reduzida¹⁹⁸.

Como nos alerta Francesco Ferrara, “o direito opera por comandos abstratos”¹⁹⁹ e é neste sentido que se deve entender a categorização proposta por José Afonso da Silva, desligando o âmbito de eficácia da norma constitucional (campo da abstração da norma), do âmbito de efetividade desta norma (campo de realização da norma)²⁰⁰.

Uma primeira crítica a este critério está no fato de toda norma jurídica mesma, seja qual a adjetivação de se lhe agregue – v. g. constitucional, de direito fundamental, privada, etc. –, ser plena de eficácia no sentido que se adota neste trabalho. E por plena não se quer significar, nas palavras de José Horácio Meirelles Teixeira, “total, completa, exhaustiva [...]”; para caracterizar esta plenitude da eficácia será suficiente que a norma possa realizar, desde logo, seus objetivos essenciais, específicos, [...] aquilo que constitui, mais

¹⁹⁸ Aplicabilidade das normas constitucionais. 3ª ed. São Paulo: Malheiros, 1998. p. 82-3.

¹⁹⁹ Interpretação e aplicação das leis. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 1940. p. 1.

²⁰⁰ “O conceito abstrato determina os elementos ou qualidades que um objeto concreto há-de possuir para nele se enquadrar” (KELSEN, Hans. A justiça e o direito natural. 2ª ed. Coimbra: Arménio Amado Editor, 1979. p. 12).

especificamente, os interesses que ela pretende proteger”²⁰¹ ou, em um só termo: efeitos; e não a totalidade deles; basta um.

Outra está no fato de a norma jurídica existir no ordenamento como abstração [virtualidade] e a sua realização estar em outro campo lógico de atuação, ou seja, no campo do real. A norma em si não realiza o direito, mas a sua redução hermenêutica a um dado fenômeno é que exaure a sua normatividade²⁰².

Assim, poder-se-ia reestruturar a classificação entre: normas de eficácia imediata e efetivas, ou aquelas que se podem realizar imediatamente; e normas de eficácia imediata e potencialmente realizáveis, ou aquelas que só se realizam mediatamente. Tanto no primeiro como no segundo caso caberiam as normas de eficácia plena, como as normas de eficácia limitada e contida.

Com esta sugestão tem-se o cuidado de apenas apresentar aos cultores do direito uma nova via discursiva, na medida em que se propõe a solução para o alcance da eficácia das normas dentro de sua virtualidade, mas por outro lado, cria-se outra incerteza, pois não se soluciona a tarefa da qual já falava José Horácio Meirelles Teixeira de “fixar-se desde logo um critério objetivo, único, geral, com o qual se possa caracterizar desde logo, com segurança” o que sejam normas de efetividade imediata ou mediata.

Jorge Miranda aproxima-se desta classificação ao categorizar as normas constitucionais em preceptivas e programáticas, esclarecendo:

Entre normas preceptivas e normas programáticas (assim como entre normas exeqüíveis e normas não exeqüíveis

²⁰¹ Curso de direito constitucional. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1991. p. 320.

²⁰² Com esta tomada de posição, ao colocar a virtualidade em correlação com a realidade espera-se superar a confusão conceitual entre a efetividade e a concreção do direito. A abstração própria das normas jurídicas estão em oposição a um fato concreto. A virtualidade da norma esta em oposição à realidade dos fenômenos jurídicos. Por isso, para a doutrina tradicional o direito se concretiza na aplicação da norma, onde se fala em efetividade social, enquanto, diante do que se propõe, o direito se realiza quando ocorre a mutação lógica da norma, o que se dá após o completo exaurimento da exegese hermenêutica, partindo-se do âmbito da virtualidade, para o da realidade.

por si mesmas) não há diferença de natureza ou de valor. Só existem diferenças de estrutura e de projeção no ordenamento. São normas umas e outras e, desde logo, normas jurídico-constitucionais, integrantes de uma mesma e única ordem constitucional; nenhuma delas é mera proclamação política ou cláusula não vinculativa. Tão-pouco se vislumbram dois graus de validade, mas só de realização ou de efectividade²⁰³.

Às palavras do renomado constitucionalista português acresceríamos que ambas são dotadas de plena normatividade. Mas este autor apesar de não diferenciar aplicabilidade e efetividade da norma, deixa transparecer tal diferenciação na medida em que anuncia que só há distinção de como elas se projetam no ordenamento.

Partindo-se do que Jorge Miranda chama normas constitucionais preceptivas, “aquelas de eficácia incondicionada ou não dependente de condições institucionais ou de fato”²⁰⁴, sob o enfoque que se propõe acerca da diferenciação entre aplicabilidade e efetividade, tem-se que estas normas são as aqui tratadas como de eficácia plena e efetiva.

Por outro lado, tendo por base o que o constitucionalista português trata por normas constitucionais programáticas, “aquelas que, dirigidas a certos fins e a transformações não só da ordem jurídica mas também das estruturas sociais ou da realidade constitucional (daí o nome), implicam a verificação pelo legislador, no exercício de um verdadeiro poder discricionário, da possibilidade de as concretizar”²⁰⁵ e que incluem as normas programáticas e as normas de eficácia contida propostas por José Afonso da Silva, ter-se-ia as normas de eficácia plena carentes de realização.

²⁰³ MIRANDA, Jorge. Manual de direito constitucional. Tomo II. 3ª ed. reimp. Coimbra: Coimbra Editora, 1996. p. 243.

²⁰⁴ *Ibidem.* p. 241.

²⁰⁵ *Ibidem.* p. 241.

Outra justificativa para a abordagem proposta diz com o sentido objetivo das normas de direitos fundamentais acima discutido. Por esta vertente, toda norma de direito fundamental deve ser observada, independente de corresponder a ela um direito subjetivo do particular, seja pela adesão voluntária, seja como limite material na formulação da norma de decisão..

Neste sentido é que não cabe falar em normas programáticas, pois todas as normas de direito fundamental, independente da possibilidade de do legislador torná-la norma infraconstitucional, conferem a possibilidade de sua efetivação mediata, através da norma de decisão que coloque fim à resistência do Estado em cumprir os objetivos constitucionais. Neste sentido que José Joaquim Gomes Canotilho, pensa-se, tenha querido referir ao afirmar que as normas constitucionais programáticas “são trazidas à colação no momento de concretização”²⁰⁶. Na visão do autor, “pode e deve falar-se da ‘morte’ das normas constitucionais programáticas”, e o afirma fundado na certeza de que todas as normas constitucionais devem ser consideradas obrigatórias e não meros programas ou promessas²⁰⁷.

No campo da norma de direito fundamental, também se pode diferenciar aplicabilidade de efetividade com base na espécie que se apresenta. Assim, as normas-regras teriam aplicação imediata e efetiva e as normas-princípios, aplicação imediata porém careciam de realização.

Poder-se-ia objetar com o argumento de que há normas constitucionais que, apesar de possuírem uma normatividade completa, ficariam na dependência do legislador ordinário para restringir-lhe o conteúdo; normas que José Afonso da Silva entende como de eficácia contida.

Porém, mais uma vez, não se pode confundir aqui a aplicação com a realização da norma. A eficácia da norma é imediata e sua realização plena. O que o legislador está autorizado a proceder é a restrição da extensão

²⁰⁶ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Direito constitucional e teoria da constituição. 2ª ed. Coimbra: Almedina, 1998. p. 432-3.

²⁰⁷ *Ibidem.* p. 1050.

dos efeitos que a norma de direito fundamental pode irradiar em potência. Como bem esclarece o autor em comento, “as restrições ao exercício deste direito é que dependem de legislação”²⁰⁸.

Esta reestruturação, frise-se, tem pertinência na medida em que se possa separar o âmbito de aplicação da norma de seu âmbito de realização.

Com isto, espera-se ter podido instigar o leitor com as poucas linhas traçadas acerca da problemática da efetividade das normas constitucionais, bem como ter contribuído para o debate com as inferências expostas, pois, como afirma Ingo Wolfgang Sarlet:

Não esqueçamos que, ao tratarmos da eficácia jurídica dos direitos fundamentais, nos situamos, em verdade, na antecâmara de sua efetivação, razão pela qual o adequado enfrentamento dos problemas suscitados naquela esfera pode facilitar em muito o trabalho dos que buscam soluções para a efetiva realização dos direitos fundamentais²⁰⁹.

Mas os argumentos aduzidos não encerram a problemática da efetividade dos direitos fundamentais, nos termos em que se pretende enfrentar o tema proposto, haja vista que ver o problema pelo ângulo do destinatário das normas de direito fundamental trás novos e instigantes desafios.

²⁰⁸ Aplicabilidade das normas constitucionais. 3ª ed. São Paulo: Malheiros, 1998. p. 82-3.

²⁰⁹ Eficácia dos direitos fundamentais. 4ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004. p. 231.

4. A eficácia e a efetividade das normas de direito fundamental em relação aos destinatários

O jogo da ciência é, em princípio, interminável. Quem decida, um dia, que os enunciados científicos não mais exigem prova, e podem ser vistos como definitivamente verificados, retira-se do jogo.

Karl Raimund Popper

4.1. Introdução

Não se trata aqui de buscar a caracterização de quem seja o sujeito passivo da norma jurídica em si, nos termos em que o problema é apresentado por Norberto Bobbio²¹⁰. Porém, em espelhar, como aduz Claus-Wilhelm Canaris, a doutrina da eficácia mediata ou imediata dos direitos fundamentais no âmbito das relações privadas; em outras palavras, não necessariamente quem é o destinatário, mas as possíveis implicações decorrentes de ser o destinatário o Estado ou o particular.

Se partirmos da concepção tradicional de os direitos fundamentais serem direitos humanos positivados num certo ordenamento jurídico, pode-se afirmar que os direitos fundamentais foram historicamente construídos como direitos de defesa [em sentido subjetivo] frente ao poder do Estado, o que coloca este ente como principal e primeiro destinatário destas normas.

Em um evoluir do Estado de Direito para o Estado Social, além dos direitos de defesa frente ao Estado, o indivíduo passou a dispor de um

²¹⁰ Teoria da norma jurídica. Bauru: EDIPRO, 2001. p. 119 e segs. Neste trabalho, o autor discorre sobre as principais teorias que buscam explicar a existência, ou não, de um sujeito passivo para a norma jurídica e indicá-lo.

dever de ação positiva do Estado²¹¹ [sentido objetivo] frente as suas necessidades, o que a doutrina nomeou direitos à prestação²¹². Neste caso, o destinatário é o Estado, também.

Tais assertivas encontram amparo no magistério de Konrad Hesse que bem delimita o tema ao defender a existência dos direitos fundamentais como elementos da ordem objetiva:

Ao significado dos direitos fundamentais como direitos de defesa subjetivos do particular corresponde seu significado jurídico-objetivo como determinações de competências negativas para os poderes estatais. Sem dúvida, é sua função proteger os direitos fundamentais, podem eles ser obrigados a concretizar direitos fundamentais, e podem eles ser autorizados a limitar direitos fundamentais²¹³.

Nestes dois sentidos não existe como se combater a idéia da eficácia direta dos direitos fundamentais perante o Estado e seus membros, o que, no ordenamento jurídico brasileiro vem expressado no parágrafo 1º do artigo 5ª da Constituição Federal, já abordado acima.

Porém, no campo dos direitos fundamentais, a doutrina diverge acerca da possibilidade, ou não, de aplicação imediata e direta dos direitos fundamentais quando o destinatário é um particular dentro de seu espectro de situações privadas.

²¹¹ “Como ya se señalara, el concepto de derecho a prestaciones será entendido aquí en un sentido amplio. Todo derecho a un acto positivo, es decir, a una acción del Estado, es un derecho a prestaciones. De esta manera, el derecho a prestaciones es la contrapartida exacta del concepto de derecho de defensa, bajo el que cae todo derecho a un acción negativa, es decir, a una omisión por parte del Estado”. (ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002. p. 427).

²¹² HESSE, Konrad. *Elementos de direito constitucional da República Federal da Alemanha*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1998. p. 264. Para este autor: “Ao significado especial dos direitos fundamentais para a ordem constitucional da Lei Fundamental corresponde a aspiração de proteger e de conservar a existência e a eficácia dos direitos fundamentais”.

²¹³ *Ibidem*. p. 239.

4.2 A vinculação dos entes públicos aos direitos fundamentais

Retornando ao já exposto acima, não se há de confundir aplicabilidade com efetividade das normas. Assim, o que se discutirá em seguida está relacionado à aplicabilidade das normas de direito fundamental frente a um destinatário específico: o ente público.

Qual o alcance da formulação ente público?

Aqui se propõe uma significação ampla, lata, da formulação ente público para abranger não só o Estado e seus Poderes constituídos²¹⁴, como a Administração pública²¹⁵ de forma geral, em todos os níveis de governo.

Para caracterizar o destinatário dos direitos fundamentais fala-se em vinculação no sentido proposto por Robert Alexy, para quem: “una norma será llamada ‘vinculante’ si es posible que su lesión sea constatada por el Tribunal Constitucional Federal”²¹⁶, o que, para o ordenamento nacional, pode ter o significado de ser constatada a violação por qualquer juiz, frente à tradição do controle difuso de constitucionalidade.

Ao contrário do que anuncia Robert Alexy quando delimita o termo não-vinculação às normas programáticas tendo em vista que estas só obrigam o Estado objetivamente, a doutrina nacional e estrangeira já consagraram a possibilidade da vinculação também nestes casos - das normas chamadas programáticas - como dever objetivo de proteção, por um lado, e

²¹⁴ “O poder do Estado é uno e indivisível” e a separação de Poderes se dá na exata medida da separação das funções exercidas pelo Estado, nos termos da clássica tripartição dos poderes elaborada por Montesquieu. (DALLARI. Dalmo de Abreu. Elementos de teoria geral do Estado. 19ª ed. São Paulo: Saraiva, 1995. p. 181).

²¹⁵ “Numa visão global, a Administração é, pois, todo o aparelhamento do Estado preordenado à realização de serviços, visando à satisfação das necessidades coletivas”. (Meirelles, Hely Lopes. Direito administrativo brasileiro. 25ª ed. São Paulo: Malheiros, 2000. p. 59).

²¹⁶ Teoría de los derechos fundamentales. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002. p. 484. Em outra passagem desta mesma obra, confrontando a doutrina de Häberle, afirma peremptoriamente que “vinculación jurídica implica control judicial” (*op. cit.* P. 500).

mandado de proibição ao legislador, que deve legislar sem ofender os “programas” traçados nestas normas pelo constituinte, assunto este que será tratado abaixo.

Neste ponto, cabe ainda, reverberar a observação de Ingo Wolfgang Sarlet de que a vinculação dos entes públicos às normas de direito fundamental é desdobramento da eficácia mesma destas normas “na medida em que o princípio da aplicação imediata (art. 5º, § 1º, da CF) diz respeito a todas as normas de direitos fundamentais, independente de sua função (direitos a prestação ou direitos de defesa) e da forma de sua positivação”²¹⁷.

Ou, como genericamente trata o tema Konrad Hesse:

Os direitos fundamentais contêm bases da *ordem estatal-jurídica* da Lei Fundamental. Eles normalizam princípios da estatalidade jurídica. Eles determinam, como partes integrantes desta ordem, o objetivo, os limites e o modo de cumprimento das tarefas estatal-social. Como princípio da estatalidade jurídica, eles são vinculativos para todos os poderes estatais e nisso, igualmente, elementos fundamentais da ordem objetivo-jurídica da atividade estatal, cujo conteúdo é por eles determinado²¹⁸. (grifo original)

Ao contrário do que preceitua a Lei Fundamental alemã, em seu artigo 1º, alínea III – “os direitos fundamentais que se seguem vinculam a legislação, o poder executivo e a jurisdição como direito imediatamente vigente”²¹⁹ – e a Constituição da República de Portugal que prevê a aplicabilidade direta das normas que reconhecem, consagram ou garantem os

²¹⁷ A eficácia dos direitos fundamentais. 4ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004. p. 351.

²¹⁸ Elementos de direito constitucional da República Federal da Alemanha. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1998. p. 241.

²¹⁹ A tradução está em CANARIS, Claus-Wilhelm. Direitos fundamentais e direito privado. Coimbra: Almedina, 2003. p.141.

direitos fundamentais, bem como a vinculação da entidades públicas e privadas a estas normas²²⁰, a Constituição brasileira apenas determina a aplicação imediata destas normas.

O fato do constituinte não ter expressamente previsto a vinculação dos entes públicos às normas de direitos fundamentais não tem o condão de negar esta vinculação, seja nos termos genéricos propostos por Konrad Hesse acima repetidos, seja nas fundamentações propostas por Ingo Wolfgang Sarlet, que abaixo se transcreve:

Tal se justifica pelo fato de que, em nosso direito constitucional, o postulado da aplicabilidade imediata das normas de direitos fundamentais (art. 5º, § 1º, da CF) pode ser compreendido como um mandado de otimização de sua eficácia, pelo menos no sentido de impor aos poderes públicos a aplicação imediata dos direitos fundamentais, outorgando-lhes, nos termos desta aplicabilidade, a maior eficácia possível. Assim, por exemplo, mesmo em se tratando de norma de eficácia inequivocamente limitada, o legislador, além de obrigado a atuar no sentido da concretização do direito fundamental, encontra-se proibido (e nesta medida também está vinculado) de editar normas que atentem contra o sentido e a finalidade da norma de direito fundamental²²¹.

Nesta linha, os direitos fundamentais vinculam diretamente o ente público em todas as suas dimensões e funções, seja como ordem para atuar no desempenho de suas funções originárias, seja como limites desta atuação.

²²⁰ Canotilho, José Joaquim Gomes. Direito constitucional e teoria da constituição. 2ª ed. Coimbra: Almedina, 1998. p. 399.

²²¹ A eficácia dos direitos fundamentais. 4ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004. p. 352.

4.2.1 A vinculação do legislador

Como desdobramento natural da vinculação do ente público aos direitos fundamentais, esta inserida a vinculação do legislador e dos atos legislativos aos direitos fundamentais. Não só o legislador ordinário que elabora leis²²², mas também todo ente público que tenha a legitimação para propor e emitir atos legislativos, como decretos, regulamentos, resoluções, etc., além dos atos que tenham eficácia externa, emitidos pelos poderes legislativos e que não se categorizem como normas jurídicas²²³.

Isto quer significar que “para o legislador [existe] uma limitação material de sua liberdade de conformação no âmbito de sua atividade reguladora e concretizadora”²²⁴.

Dentro do que se propõe à discussão, ou seja, a delimitação dos destinatários das normas de direito fundamental, cabe aqui uma primeira distinção.

O ponto de partida da argumentação está sumarizado por Claus-Wilhelm Canaris: “os direitos fundamentais vigoram imediatamente em face das normas de direito privado”²²⁵.

O que se quer dizer é que o legislador de Direito Privado está inexoravelmente vinculado aos direitos fundamentais de forma a dar vazão aos direitos fundamentais para que estes atinjam os particulares, ainda que no âmbito de suas relações privadas. Nas palavras de José Joaquim de Gomes

²²² “No sentido formal legislação é a promulgação de ordens pelos corpos legislativos no procedimento da legislação e na forma da lei; no sentido material, legislação é estabelecimento de normas jurídicas por uma autoridade estatal”. (HESSE, Konrad. Elementos de direito constitucional da República Federal da Alemanha. Porto Alegre, Sergio Antonio Fabris Editor, 1998. p. 381).

²²³ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Direito constitucional e teoria da constituição. 2ª ed. Coimbra: Almedina, 1998. p. 403.

²²⁴ SARLET., Ingo Wolfgang. A eficácia dos direitos fundamentais. 4ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004. p. 354.

²²⁵ Direitos fundamentais e direito privado. Coimbra: Almedina, 2003. p. 36.

Canotilho: “a ordem jurídica privada não está, é certo, divorciada da Constituição. Não é um espaço livre de direitos fundamentais”²²⁶.

A distinção cabe na medida em que é pacífico o entendimento da vinculação dos entes públicos aos direitos fundamentais, no que a doutrina chamou de eficácia vertical²²⁷, que nada mais significa do que tudo o que se disse, até aqui, acerca do direito de defesa e do direito à prestação, os chamados direitos de primeira e de segunda dimensão, respectivamente.

Mas o problema toma outra dimensão quando a norma a ser emitida atuará nos limites das relações privadas. A controvérsia surgiu a partir da teorização de os direitos fundamentais terem uma “influência apenas mediata” sobre o Direito Privado e “uma tão-só ‘mediata aplicação dos direitos fundamentais no direito privado’”, proposta por Günther Dürig e relatada por Claus-Wilhelm Canaris, que alcançaria também o legislador de Direito Privado²²⁸.

Por esta teoria, “o legislador no campo do direito privado só está vinculado aos direitos fundamentais ‘por meio dos preceitos que dominam imediatamente essa área do direito’”²²⁹, o que excluiria do campo de proteção dos direitos fundamentais o controle legiferante naquilo em que não houvesse proteção própria dentro do Direito Privado.

Porém, esta teorização não resiste a uma análise de simples lógica jurídica, posto que o Direito Privado reflete uma legislação ordinária e

²²⁶ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Civilização do direito constitucional ou constitucionalização do direito civil? A eficácia dos direitos fundamentais na ordem jurídico-civil no contexto do direito pós-moderno*. In.: Grau, Eros Roberto e Guerra Filho, Willis Santiago (Orgs.). *Direito constitucional: estudos em homenagem a Paulo Bonavides*. São Paulo: Malheiros, 2001. p. 113.

²²⁷ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 2ª ed. Coimbra: Almedina, 1998. p. 1152.

²²⁸ *Direitos fundamentais e direito privado*. Coimbra: Almedina, 2003. p. 28-9.

²²⁹ *Ibidem*. p. 32.

como tal deve se submeter ao primado da Constituição²³⁰. Isto quer significar que o legislador privado está adstrito aos limites formais e materiais postos pela Constituição²³¹, incluído o respeito às liberdades e garantias expressas nas normas de direitos fundamentais.

Em que pese as normas de Direito Privado poderem ter “caráter ofensivo”²³² a direitos fundamentais, na medida em que podem ao mesmo tempo conferir intervenção nos direitos fundamentais de uma parte e proteção ao direito de outra, elas podem simplesmente possuir um caráter concretizador ou conformador destes direitos²³³.

No primeiro caso, podem-se citar as normas de Direito Privado que regulam o poder do proprietário de livremente usar e fruir de seus bens, a exemplo, os direitos de vizinhança inscritos nos artigos 1.277 a 1.313 do Código Civil. No segundo, a imposição de um limite de idade para que a pessoa possa praticar, validamente, negócios jurídicos²³⁴. No primeiro caso, busca o legislador privado dar vazão aos preceitos que garantem que o exercício do direito de propriedade de uma parte não afete a esfera de liberdade e intimidade

²³⁰ “A validade de uma norma só pode ser aferida segundo uma norma de nível superior, no sentido de uma *lex superior*, e, portanto, o controlo jurídico-constitucional de preceitos de direito privado segundo outros preceitos do mesmo ramo de direito, e, portanto, com o mesmo nível, é contraditório em termos de lógica normativa”. (CANARIS, Claus-Wilhelm. *Direitos fundamentais e direito privado*. Coimbra: Almedina, 2003. p. 129-130)

²³¹ Como assevera Norberto Bobbio, só há falar em ordenamento se houver uma norma fundamental que dê unidade a este ordenamento, como fonte hierarquicamente superior e de validade. (*Teoria do ordenamento jurídico*. 10ª ed. Brasília: UNB, 1999. p. 49, 53 e segs passim). Nos sistemas de constituições rígidas como o brasileiro, pode-se colocar a Constituição como uma norma hierárquica superior – não a norma fundamental kelseniana – de onde irradia a unidade do ordenamento. Este tema será abordado em maior profundidade a seguir.

²³² Em primorosa formulação, Claus-Wilhelm Canaris afirma que, “para o cidadão, as leis de direito privado [podem] ter efeitos ofensivos inteiramente semelhantes aos das leis de direito público”. (CANARIS, Claus-Wilhelm. *Direitos fundamentais e direito privado*. Coimbra: Almedina, 2003. p. 24).

²³³ CANARIS, Claus-Wilhelm. *Direitos fundamentais e direito privado*. Coimbra: Almedina, 2003. p. 34-5. O autor fala da necessidade de se utilizar o mecanismo de controle pela função de “proibição de excesso” que afluem dos direitos fundamentais e que limitam a ação dos entes públicos na produção legislativa.

²³⁴ Este exemplo foi extraído de CANARIS, Claus-Wilhelm. *Op. Cit.*, p. 35.

da outra. No segundo, constitui mera conformação da autonomia privada, na realização do princípio da segurança jurídica.

Vê-se, com isso, que, independentemente do alcance que os direitos fundamentais venham a ter sobre os particulares em suas relações privadas, o legislador privado está imediatamente vinculado às normas de direito fundamental, como meio de se garantir a máxima estabilidade no ordenamento jurídico-social.

4.2.2 A vinculação da Administração

A vinculação da Administração aos preceitos de direito fundamental decorre, antes de tudo, do princípio da constitucionalidade imediata da administração, princípio este que pode ser entendido como a aplicação plena e imediata das normas de organização e competência dos Poderes instituídos.

A Administração pode ser entendida em três diferentes acepções, no sentir de Hely Lopes Meirelles:

Em sentido formal, é o conjunto de órgãos instituídos para a consecução dos objetivos do Governo; em sentido material, é o conjunto das funções necessárias aos serviços públicos em geral; em acepção operacional, é o desempenho perene e sistemático, legal e técnico, dos serviços próprios do Estado ou por ele assumidos em benefício da coletividade²³⁵.

Deste modo, pode-se afirmar que a Administração, ao exercer em plenitude os chamados atos de execução, nos quais se consubstanciam os

²³⁵ Direito Administrativo brasileiro. 25ª ed. São Paulo: Malheiros, 2000. p. 59.

atos administrativos, devem fazê-lo em conformidade e nos limites dos direitos fundamentais, assim como só executá-los se constitucionais²³⁶.

Mas não se limita a vinculação aos chamados atos de execução, que são próprios da Administração, mas também aos atos de governo. Estes entendidos como “aqueles praticados no exercício de uma função política ou governamental”²³⁷.

Esta vinculação decorre de uma inferência lógica simples, pois se a Administração é encarregada de dar execução às leis e a Constituição, onde estão albergados ou reconhecidos os direitos fundamentais, é a lei máxima, não poderá, sob pena de incidir em inconstitucionalidade, praticar qualquer ato contrário aos direitos fundamentais.

4.2.3 A vinculação dos órgãos judiciais

Do mesmo modo que o legislador e a Administração Pública, o Poder Judiciário também se vincula imediatamente aos preceitos de direito fundamental.

Por certo que a função primeira do poder judicial está na defesa dos direitos e interesses de todos aqueles que submetem a este poder suas mazelas jurídicas²³⁸. Para tanto, está prescrito no inciso XXXV, do art. 5º da Constituição Federal, como direito fundamental de qualquer particular, o livre acesso ao Poder Judiciário. Como destaca Nelson Nery Junior,

Embora o destinatário principal desta norma seja o legislador, o comando constitucional atinge a todos

²³⁶ Canotilho, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 2ª ed. Coimbra: Almedina, 1998. p. 404-5.

²³⁷ *Ibidem*. p. 407.

²³⁸ SILVA, José Afonso. *Curso de direito constitucional positivo*. 13ª ed. São Paulo: Malheiros, 1997. p. 522.

indistintamente, vale dizer, não pode o legislador e ninguém mais impedir que o jurisdicionado vá a juízo deduzir pretensão²³⁹.

Como decorrência desta vinculação do Poder Judiciário aos direitos fundamentais, “resulta não só o dever de guardar estrita obediência aos chamados direitos fundamentais de caráter judicial, mas também o de assegurar a efetiva aplicação do direito, especialmente dos direitos fundamentais”²⁴⁰.

Mas a vinculação denota caráter especial em relação ao poder judicial pois se apresenta, para além de um dever, um poder-dever de “não praticar atos contrários à constituição”, ou seja, a jurisdição constitucional tem o poder de ditar, não só para sua observação, como para de todos os entes públicos o sentido e extensão concreta dos direitos fundamentais²⁴¹.

Paralelo a este poder-dever, de caráter negativo, concorre um sentido positivo da jurisdição fundado na possibilidade do Poder Judiciário ditar a maior eficácia possível que os direitos fundamentais podem alcançar dentro do ordenamento jurídico²⁴².

Assim que o Poder Judiciário não pode deixar de aplicar a um dado caso concreto um preceito de direito fundamental sob o argumento de se constituir o preceito em norma programática, pois como já discutido anteriormente, estas normas, apesar de não serem reconhecidas como contendo direitos individuais, *prima facie*, garantem direitos individuais, como restou elucidado no voto do Ministro Celso de Mello no aresto colacionado acima.

²³⁹ Princípios do processo civil na constituição federal. 5ª ed. São Paulo: RT, 1999. p. 92.

²⁴⁰ MENDES, Gilmar Ferreira. Direitos fundamentais: eficácia das garantias constitucionais nas relações privadas - análise da jurisprudência da corte constitucional alemã. Revista dos Tribunais: Cadernos de Direito Tributário e Finanças Públicas, São Paulo, a. 6, n.24, jul./set. 1998. p. 51.

²⁴¹ SARLET., Ingo Wolfgang. A eficácia dos direitos fundamentais. 4ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004. p. 360.

²⁴² MIRANDA, Jorge. Manual de direito constitucional. Tomo IV. 2ª ed. Coimbra: Coimbra Editora, 1993. p 283-4.

Outro aspecto de relevância diz com a possibilidade de se submeterem ao controle jurisdicional-constitucional as decisões judiciais como decorrência desse poder-dever de os tribunais e juízes aplicarem as leis em conformidade com os direitos fundamentais²⁴³, sob pena de criar-se um paradoxo, no qual os juízes poderiam retirar uma lei inconstitucional pela aplicação direta da Constituição, mas não se poderia corrigir uma decisão que se apresenta eivada por este vício²⁴⁴.

Cabe ressaltar que a decisão judicial cria norma, “norma que individualiza o Direito”, que tem o condão de inovar o sistema jurídico. Em palavras de Antonio Carlos de Campos Pedroso:

O juiz deve realizar a justiça do caso concreto. Todo conflito de interesses a ser resolvido por via judicial exige uma justiça baseada na equidade. E esta se manifesta através da norma individualizada.

O juiz, com base em modelos jurídicos elaborado pelo legislador, deve compor a norma individualizada capaz de solucionar, com equidade, o conflito de interesses. Do direito legal decorre o direito judicial.

O juiz recebe poderes para realizar a conversão da norma genérica da lei na norma individual da sentença.²⁴⁵

Deste modo, se a norma de decisão confrontar direitos fundamentais deverá ser corrigida.

²⁴³ Konrad Hesse faz a afirmação de que na Alemanha “la jurisprudencia del Tribunal Constitucional se ha desarrollado en el marco del control de constitucionalidad de las decisiones de los tribunales civiles. Por ello, la problemática aparece primariamente como relativa a la aplicación del Derecho por los jueces, que en ella han de dar vida a la influencia de los derechos fundamentales y que en esa medida quedan bajo el control del Tribunal Constitucional”. (Derecho constitucional y derecho privado. Madrid: Civitas, 1995. p. 62-3).

²⁴⁴ Canotilho, José Joaquim Gomes. Direito constitucional e teoria da constituição. 2ª ed. Coimbra: Almedina, 1998. p. 831.

²⁴⁵ PEDROSO, Antonio Carlos de Campos. Normas jurídicas individualizadas. São Paulo: Saraiva, 1993. p. 29.

Porém, o sistema brasileiro de controle de constitucionalidade não prevê, pela via direta de controle, a possibilidade de se argüir a inconstitucionalidade de decisão que venha a ferir direito fundamental, limitando-se o Supremo Tribunal Federal em conhecer dos casos previstos no artigo 102 da Constituição Federal.

A via do controle difuso de constitucionalidade, por meio do Recurso Extraordinário, a ser endereçado ao Supremo Tribunal Federal, que já enfrentava a limitação do conhecimento do recurso ao requisito do prequestionamento, sofreu limitação de ordem pragmática com a modificação na redação do § 3º, do art. 102, da Constituição Federal, que estabeleceu o chamado princípio da transcendência, que pode obstar seja recebido e conhecido o recurso que afronte direito fundamental, mas não cumpra o requisito da “repercussão geral”.²⁴⁶

Com isto temos que, se a decisão judicial em si ofender direito fundamental, o que pressupõe forçosamente a inexistência do prequestionamento, o Supremo Tribunal Federal não tomará conhecimento por óbice meramente formal, restando a via do Mandado de Segurança como esperança de se restabelecer o Direito Justo.

²⁴⁶ Art. 102. Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe:

(*omissis...*)

III – julgar, mediante recurso extraordinário, as causas decididas em única ou última instância, quando a decisão recorrida:

a) contrariar dispositivo desta Constituição;

(*omissis...*)

§ 3º No recurso extraordinário o recorrente deverá demonstrar a repercussão geral das questões constitucionais discutidas no caso, nos termos da lei, a fim de que o Tribunal examine a admissão do recurso, somente podendo recusá-lo pela manifestação de dois terços de seus membros.

4.3 A efetividade no âmbito dos entes públicos

Partindo das noções adotadas no presente trabalho, poder-se-ia discorrer sobre a efetividade das normas de direito fundamental no âmbito de vinculação dos entes públicos, mas não se adotará esta linha metódica, preferindo-se apenas uma ilustração de cada categoria através da clareza dos exemplos.

Assim, como norma imediatamente eficaz e efetiva, vinculativa dos entes públicos podemos citar o artigo 2º da Constituição Federal, *verbis*:

Art. 2º. São Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário.

A norma citada reflete os princípios que ecoaram pelas palavras de Montesquieu como modelo ideal de governo, onde as funções elementares de um Estado seriam ao mesmo tempo independentes e dependentes entre si, numa dialética de equilíbrio e no qual “o poder constitua um freio para o poder”²⁴⁷. Assim o que a norma significa em potência é, também, um ideal político.

Mas, ao mesmo tempo, expressa uma realidade política, qual seja, os Poderes constituídos como autônomos e interdependentes no momento mesmo em que a norma <<nasceu>>, tiveram sua existência reconhecida.

Operou-se uma transmutação lógica complexa: a norma passou a existir, a ter vigência e eficácia e operou sua efetividade no mesmo instante espaço-temporal, tudo efeito de um só ato.

²⁴⁷ A citação foi extraída em: BOBBIO, Norberto, A teoria das formas de governo na história do pensamento político. Brasília: UNB, 1980. p.127.

Como exemplo de norma imediatamente eficaz, mas de efetividade mediata, citar-se-á o artigo 1º, inciso III, da Constituição Federal, *verbis*:

Art. 1º. A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado democrático de direito e tem como fundamentos:

(*omissis...*)

III – a dignidade da pessoa humana;

(*omissis...*)

A imediata aplicação do dispositivo em comento é isenta de dúvidas. Nas ponderadas palavras de Maria Celina Bodin de Moraes, a dignidade da pessoa humana é mais do que um simples mandamento moral, “é na dignidade da pessoa humana que a ordem jurídica (democrática) se apóia e se constitui. Isto significa dizer que o valor da dignidade alcança todos os setores da ordem jurídica”²⁴⁸.

Porém, a efetividade deste mandamento não resulta do mesmo processo lógico complexo em que se efetiva o já comentado artigo 2º da Constituição Federal, dada a amplitude de significações que a dignidade da pessoa humana implica no ordenamento jurídico.

Como princípio de Direito Privado garantido de forma especial pelo constitucionalismo moderno, a dignidade se fundamenta na pessoa humana e o homem é o “*valor-fonte* de todos os valores”²⁴⁹.

Para a proteção da pessoa humana em sua dignidade, primeiro deve-se “reconhecer a intangibilidade da vida humana” como “preceito absoluto, um imperativo jurídico categórico”, para, como decorrência lógica desta premissa, na aguda observação de Antonio Junqueira de Azevedo, dar

²⁴⁸ Danos à pessoa humana. Uma leitura civil-constitucional dos danos morais. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 84.

²⁴⁹ REALE, Miguel. Fundamentos do direito. 3ª ed. São Paulo: RT, 1998. p. 305.

“base jurídica à exigência do respeito à integridade física e psíquica (condições naturais) e aos meios mínimos para o exercício da vida (condições materiais)”²⁵⁰.

No espectro das condições mínimas materiais se insere “um patrimônio mínimo”²⁵¹ mensurado consoante parâmetros elementares de uma vida digna e do qual não pode ser [a pessoa natural] expropriada ou desapossada”²⁵².

Este patrimônio mínimo, expressão jurídico-econômica da dignidade humana tem, ainda, no domicílio, que é a “sede jurídica da pessoa”²⁵³, uma sua outra expressão, domicílio que deve ser entendido não só em seu sentido metafísico²⁵⁴, mas também como sentido material, nos termos do artigo 6º da Constituição Federal, qual seja, a moradia.

O ente público, que se encontra vinculado de forma imediata aos direitos fundamentais, não pode desbordar dos limites que prescrevem a dignidade da pessoa humana. Assim que, deve observar em seu agir tais preceitos. Deste modo, estão justificadas as posições da Administração no sentido de proporcionar, por meio de financiamento ou subsídios, a que o maior número possível de pessoas venham a ser proprietários de uma moradia digna.

Por outro lado, fere este mesmo princípio o ente público que não respeita este “*mínimo existencial*” ao proferir decisões [normas concretas]

²⁵⁰ AZEVEDO, Antônio Junqueira de. Caracterização jurídica da dignidade da pessoa humana. Revista dos Tribunais, São Paulo, a. 91, v. 797, mar. 2002. p. 21.

²⁵¹ Como lecionava Paul Oertmann: “el individuo necesita para la conservación de su yo, no solo de la libre actuación de la propia persona, sino también, y en no menor escala, de una cierta dominación sobre el mundo que le rodea. La suma de los derechos de dominación de esta clase constituye lo que se llama patrimonio”. (Introducción al derecho civil. Barcelona: Editorial Labor, 1933. p. 26).

²⁵² FACHIN, Luiz Edson. Estatuto jurídico do patrimônio mínimo. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p. 1.

²⁵³ NERY, Rosa Maria Barreto Borriello de Andrade. Preservação do direito ao domicílio. In: VIANA, Rui Geraldo Camargo e NERY, Rosa Maria Barreto Borriello de Andrade. Temas atuais de direito civil na constituição federal. São Paulo: RT, 2000. p. 53.

²⁵⁴ Como sentido metafísico de domicílio aduz Rosa Maria Barreto de Andrade Nery significar que “o local onde a pessoa vive passa a integrar o próprio sentido de sua personalidade”. (Noções Preliminares de Direito Civil. São Paulo: RT, 2002. p 158).

que retiram da pessoa humana à sua moradia, em favor de um credor que não se constrange em se manter fora de um mínimo de ação digna, “não apenas por bondade, ou por doçura de caráter, mas porque não se pode permitir a ninguém que pretenda *mais do que se afigure digno de exigir*”²⁵⁵.

Em trabalho de leitura obrigatória, Luiz Edson Fachin e Carlos Eduardo P. Ruzyk, esclarecem de modo incontestável esta problemática, ao afirmarem:

Essa leitura se reflete na solução de casos concretos pelo Judiciário em vez de uma problematização tópica que busque, na ordem principiológica constitucional, a melhor solução, à luz dos direitos fundamentais, não raro se busca a solução mecanicista de subsunção do fato à solução preestabelecida pelo modelo de relação jurídica codificado. Tal proceder pode gerar ofensa a direitos fundamentais decorrentes da cega aplicação da “solução” positivada no modelo ou, mesmo, da ausência de modelos, excluindo a possibilidade de reconhecimento de direitos onde estes se fazem necessários. *É um dos modos pelos quais o direito pode gerar vítimas, afastando-se de uma direção emancipatória*²⁵⁶. (grifou-se)

²⁵⁵ NERY, Rosa Maria Barreto Borriello de Andrade. Vínculo obrigacional: relação jurídica de razão (técnica e ciência de proporção) (uma análise histórica e cultural). Tese de Livre-Docência. São Paulo, 2004. p 118. A expressão “mínimo existencial” foi extraída do mesmo texto e é atribuída a Ana de Paula Barcellos. Os grifos são originais.

²⁵⁶ FACHIN, Luiz Edson e RUZYK, Carlos Eduardo Pianovski. Direitos fundamentais, dignidade da pessoa humana e o novo Código Civil: uma análise crítica. In.: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). Constituição, direitos fundamentais e direito privado. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003. p. 87-104.

Agem assim aqueles que expropriam a moradia do fiador, reduzindo-o à pobreza²⁵⁷, em nome de um vínculo contratual que oprime e escraviza²⁵⁸. O credor que não cumpre “os deveres acessórios ou implícitos, instrumentais e independentes, [que] ao lado da obrigação principal”²⁵⁹ surgem no momento mesmo do nascimento do contrato, como o respeito à dignidade do devedor; o Estado opressor que não cumpre seu desígnio de se submeter aos princípios que fundamentam o ordenamento jurídico e aplicam a lei esquecendo-se que está, antes de vinculado à lei, vinculado a uma Constituição, à qual tem o poder-dever de observar²⁶⁰. Nestes momentos, descumprem-se a vinculação direta e imediata, pelo descaso ao poder-dever de reconduzir o direito aos seus princípios e valores fundamentais.

Em recente pronunciamento, o Supremo Tribunal Federal reconheceu a inconstitucionalidade do inciso VII, do artigo 3º, da Lei nº 8.009/90, o qual abria a exceção à garantia do bem de família permitindo a penhora do bem imóvel do fiador vinculado a contrato de locação, mesmo que tal imóvel representasse seu único patrimônio, motivada pela não recepção desta norma pela modificação do artigo 6º, da Constituição Federal, pela Emenda Constitucional nº 26 de 14 de fevereiro de 2000, a qual acresceu a moradia como direito social fundamental²⁶¹.

²⁵⁷ Pobreza não só no sentido econômico de falta de recursos mínimos para manutenção e alimentação, porém, o que é mais drástico e gritante, pobreza no sentido jurídico, ou seja: “estar por bajo de la línea de ejercicio de derechos fundamentales”, ou mesmo não poder “ejercer los derechos fundamentales” (GHERSI, Carlos Alberto. La pobreza jurídica y el ejercicio de los derechos fundamentales: el valor de las libertades negativas (Berlín, 1969). Revista de Direito do Consumidor, São Paulo, v.11, n.43, jul./set. 2002. p. 17)

²⁵⁸ NERY, Rosa Maria Barreto Borriello de Andrade. Vínculo obrigacional: relação jurídica de razão (técnica e ciência de proporção) (uma análise histórica e cultural). Tese de Livre-Docência. São Paulo, 2004. p 237.

²⁵⁹ COUTO e SILVA, Clovis Veríssimo do. O princípio da boa fé no direito brasileiro e português. In.: Marcello Caetano...[et al.]. Estudos de direito civil brasileiro e português. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1980. p. 49.

²⁶⁰ Canotilho, José Joaquim Gomes. Direito constitucional e teoria da constituição. 2ª ed. Coimbra: Almedina, 1998. p. 409. Como argutamente destaca o autor, “a constituição prevalece como norma superior, reconhecendo-se aos tribunais o **direito de acesso direto à constituição**”. (grifo original)

²⁶¹ A íntegra do voto será apresentada no apêndice e pode ser encontrada para consulta em: <<http://www.stf.gov.br/noticias/imprensa/ultimas/ler.asp?CODIGO=131607&tip=UN¶m=>>. Acesso em 14 de maio de 2005.

Esta decisão representa importante passo no reconhecimento do patrimônio mínimo como reflexo da dignidade da pessoa humana, no sentido em que algumas vozes já defendiam, o qual passou a possuir previsão expressa no já citado artigo 6º da Constituição Federal, o que refletirá inexoravelmente junto aos juízes de primeiro grau e Tribunais corrigindo distorção que invariavelmente levava à paradoxal situação de se encontrar o locatário protegido pelo instituto do bem de família, enquanto seu fiador se sujeitava à perda de seu imóvel.

Para que se efetive a norma da dignidade da pessoa humana, abre-se ao prejudicado a possibilidade de buscar junto à corte constitucional o controle de constitucionalidade da decisão judicial proferida em descompasso com a ordem dos direitos fundamentais. E a decisão [norma concreta] corrigindo o desvio pelo qual caminhavam os atores do processo realizará o direito em sua especial finalidade.

4.4. A vinculação dos particulares aos direitos fundamentais

Analisar a eficácia dos direitos fundamentais em relação às situações jurídicas entre particulares requer seja abordada a influência dos direitos fundamentais no ordenamento jurídico, o enfrentamento da questão do sistema de Direito Privado e o reconhecimento dos princípios fundamentais de Direito Privado que o constitucionalismo moderno albergou para, a partir de então, o discurso voltar-se às teorias que buscam entender o fenômeno, sob a perspectiva adotada acerca da eficácia e aplicabilidade dos direitos fundamentais.

4.4.1. Os direitos fundamentais e o ordenamento jurídico

Como já foi referido anteriormente, o termo direito pode significar <<ordenamento>> e a noção de direito que optamos em seguir leva a esta possibilidade. Se o direito é “conjunto de normas gerais e positivas, que regulam a vida social” fala-se, então, de um ordenamento jurídico positivo²⁶².

Porém, para além desta significação, trata-se aqui de estudar não o ordenamento jurídico positivo como o próprio direito, mas antes estudar o ordenamento jurídico, como o “conjunto ou complexo de normas que *constituem* o ordenamento”²⁶³, ou seja, trata-se de focalizar o ordenamento quanto à sua unidade e completude e com a relação entre as normas que o compõe. (grifou-se)

Para tanto, o primeiro passo é entender o ordenamento jurídico como uma unidade, o que implica abordar a noção de sistema jurídico.

²⁶² Veja-se o capítulo 2.1 acima.

²⁶³ BOBBIO, Norberto, Teoria do ordenamento jurídico. 10ª ed. Brasília: UNB, 1999. P. 19.

4.4.1.1. Noções de ordenamento e de sistema jurídico

Por coerência, não se há de falar em ordenamento jurídico baseado em uma só norma, haja vista que a noção de ordenamento tem implícita a conjunção ou complexão de normas.

Assim, a unidade do ordenamento não diz com sua redução para a unidade da norma. Muito menos com a redução para a unidade da fonte das normas. Vai além. A unidade do ordenamento diz com a unidade da fonte de validade das normas.

Não cabe aqui confundir fonte de normas com a fonte de validade das normas. No primeiro caso, temos o modo pelo qual o ordenamento regula a produção de normas, ou como explica Norberto Bobbio, “normas que regulam os procedimentos de regulamentação jurídica”: as normas de estrutura. Neste segmento encontram-se as chamadas fontes diretas e fontes indiretas de produção de normas. A primeira decorrente da atuação do poder originário; a segunda subdividida em fontes de recepção e fontes de delegação decorrentes do reconhecimento de normas “produzidas por ordenamentos diversos e precedentes” ou da “delegação do poder de produzir normas jurídicas a poderes ou órgãos inferiores”²⁶⁴, respectivamente.

Como fonte de validade tem-se o que se caracteriza como a norma fundamental.

No capítulo 3.1.1.1 fez-se esboço da teoria da validade da norma proposta por Hans Kelsen. Para este autor, a validade da norma é retirada de uma norma válida que lhe seja superior, criando a imagem de um escalonamento ordenado de normas, o qual se culmina pela norma hipotética fundamental²⁶⁵.

²⁶⁴ Teoria do ordenamento jurídico. 10ª ed. Brasília: UNB, 1999, p. 38.

²⁶⁵ Teoria pura do direito. 4ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 1994. P. 216 e segs.

A unidade do ordenamento jurídico é concebida exatamente por esta norma fundamental, em palavras mais ilustradas:

A norma fundamental é o termo unificador das normas que compõem um ordenamento jurídico. Sem uma norma fundamental, as normas de que falamos até agora constituiriam um amontoado, não um ordenamento. Em outras palavras, por mais numerosas que sejam as fontes do direito num ordenamento complexo, tal ordenamento constitui uma unidade pelo fato de que, direta ou indiretamente, com voltas mais ou menos tortuosas, todas as fontes do direito podem ser remontadas a uma única norma²⁶⁶.

Conscientemente não se enfrentará a questão deixada aberta por Hans Kelsen acerca da caracterização jurídica da norma hipotética fundamental, matéria que, sozinha, pode gerar vários estudos no campo da filosofia do direito e da dogmática jurídica.

Porém, dentro dos limites a que se propõe enfrentar a problemática dos direitos fundamentais, parte-se da concepção da Constituição como fonte de validade e fundamento do ordenamento jurídico²⁶⁷.

A Constituição é o primeiro documento da vida jurídica do Estado, assim do ponto de vista cronológico como hierárquico. Ela cria ou reconstrói o Estado, dando início à ordem jurídica. Cronologicamente ela é o marco zero das instituições, embora essa afirmativa precise ser

²⁶⁶ BOBBIO, Norberto, Teoria do ordenamento jurídico. 10ª ed. Brasília: UNB, 1999. p. 49.

²⁶⁷ José Joaquim Gomes Canotilho fala em “autoprimazia normativa” da Constituição, nos seguintes termos: “a autoprimazia normativa significa que as normas constitucionais não derivam a sua validade de outras normas com dignidade hierárquica superior. Pressupõe-se, assim, em termos pragmáticos, que a constituição formada por normas democraticamente feitas e aceitas (legitimidade processual democrática) e informadas por ‘estruturas básicas de justiça’ (legitimidade material) é portadora de um valor normativo formal e material superior”. (Direito constitucional e teoria da constituição. 2ª ed. Coimbra: Almedina, 1998. p. 1022).

confrontada com a circunstância de que, normalmente, já há uma ordem jurídica infraconstitucional preexistente. Por assim ser, criam-se duas regras pragmáticas para disciplinar as relações entre uma nova Constituição e o Direito que a antecede: 1º) todas as normas incompatíveis com a Constituição ficam automaticamente revogadas; 2º) todas as normas compatíveis com a Constituição são recepcionadas, passando a vigor sob um novo fundamento de validade e, eventualmente, com nova interpretação²⁶⁸.

A noção de unidade decorre, assim, da Constituição como “ordem fundamental jurídica da coletividade [posto que] ela cria bases e normaliza traços fundamentais da ordem total jurídica [além de produzir] os pressupostos de criação, validade e realização das normas da ordem jurídica restante [...]”²⁶⁹.

Mas não basta a noção de ordem fundamental para justificar a unidade que uma Constituição confere a um dado ordenamento jurídico, devendo-se somar outros pressupostos como alerta José Joaquim Gomes Canotilho no trecho abaixo transcrito:

A constituição mantém o seu papel de elemento unificador do sistema quando, através do *princípio da constitucionalidade* ou numa perspectiva mais ampla, através do *princípio da conformidade*, se exige a consonância de todos os actos dos poderes públicos com as regras e princípios da constituição. Por outro lado, a constituição garante a tendencial unidade não como ‘norma do centro’ ou ‘norma dirigente fundamental do Estado’ mas como *estatuto de justiça do político*, ou seja,

²⁶⁸ BARROSO, Luiz Roberto. Eficácia e efetividade do direito à liberdade. In.: ____ Temas de direito constitucional. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p. 79.

²⁶⁹ HESSE, Konrad. Elementos de direito constitucional da república Federal da Alemanha. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1998. p. 38.

como *quadro moral e racional* do discurso político conformador da ordem normativo-constitucional através de um conjunto de princípios e regras incorporadores de ‘valores básicos’ do ordenamento jurídico²⁷⁰. (grifos originais)

Em sábias palavras, Clovis Bevilacqua magistralmente apontava que “é certo que todo o direito de um povo dado se move, necessariamente, dentro do círculo de sua organização política. As Constituições são fontes primárias do direito positivo”²⁷¹. Donde a afirmação de Luis Díez-Picazo e Antonio Gullón de que os direitos fundamentais como “norma fundamental irradian sus efectos a la totalidad el ordenamiento jurídico, que queda, todo él, sujeto a la Constitución”²⁷².

Ao passo que caracterizada a unidade do ordenamento, como derivada da supremacia da Constituição, pode-se afirmar que a idéia de unidade não implica a idéia de completude deste ordenamento.

Por completude, seguindo-se a noção proposta por Norberto Bobbio, “entende-se a propriedade pela qual um ordenamento jurídico tem uma norma para regular qualquer caso”²⁷³. Expressa a ambição jusracionalista presente a partir do século XVII, fundada no positivismo científico, da possibilidade de uma codificação compreender todos os fenômenos sociais. A chamada era das codificações²⁷⁴.

²⁷⁰ Direito constitucional e teoria da constituição. 2ª ed. Coimbra: Almedina, 1998. p. 1026-7.

²⁷¹ A constituição e o código civil. Revista de Direito Privado, São Paulo, v. 9, 2002. p. 246.

²⁷² DÍEZ-PICAZO, Luis; GULLÓN, Antonio. Sistema de derecho civil, tomo I, 2001. p. 42.

²⁷³ Teoria do ordenamento jurídico. 10ª ed. Brasília: UNB, 1999, p. 115.

²⁷⁴ DÍEZ-PICAZO, Luis, GULLÓN, Antonio. Op. Cit. p. 37. Nas palavras de René David, “a codificação é a técnica que vai permitir a realização da ambição da escola do direito natural, expondo de modo metódico, longe do caos das compilações de Justiniano, o direito que convém à sociedade moderna e que deve, por consequência, ser aplicado pelos tribunais”. (Os grandes sistemas de direito contemporâneos. 3ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 1996. p. 52).

Uma expressão macroscópica dessa vontade de completude foram as grandes codificações. [...] A miragem da codificação é a completude: uma regra para cada caso. O código é para o juiz um prontuário que lhe deve servir infalivelmente e do qual não pode afastar-se. [...] Uma confiança cega na suficiência das leis, a crença de que o código, uma vez promulgado, basta-se completamente a si próprio, isto é, não tem lacunas: numa palavra, o dogma da completude jurídica²⁷⁵.

O paradigma desta ambição de completude é o Código Civil Francês, o qual refletiu amplamente o ideário capitalista nascente partindo de uma proposta político-social liberal fundada na igualdade formal²⁷⁶, o que reduziu “o Direito à lei, estando essa a serviço da liberdade”²⁷⁷.

Dessa concepção de bastar-se à sociedade como direito, o Código de Napoleão trouxe a noção de “constituição da vida civil”, calcado numa relação entre forma e conteúdo que reduziu os juristas à posição de técnicos que tinham a missão de interpretar a norma de forma inexoravelmente vinculada à lei, no qual se pretendia um sistema fechado, onde todas as soluções para os fenômenos jurídicos poderiam ser encontradas. “Este tecnicismo jurídico encontra-se vinculado às idéias da completude da lei e da interpretação como forma de raciocínio silogístico”²⁷⁸.

Porém, este fetichismo pela lei não conseguiu, ainda nos estertores do século XIX, suprir de forma acabada todas as necessidades

²⁷⁵ BOBBIO, Norberto. Teoria do ordenamento jurídico. 10ª ed. Brasília: UNB, 1999, p. 121.

²⁷⁶ “Todos são iguais perante a lei, proclamam os revolucionários de 1789. Se todos são iguais perante a lei, esta deve ser una, geral, a todos igualmente aplicável. O direito se faz lei, geral e abstrata, e a lei, ou direito, encontra a sua forma no código, conjunto unitário de leis provinda de uma só fonte, o Estado”. (MARTINS-COSTA, Judith. A boa-fé no direito privado. São Paulo: RT, 1999. p. 169).

²⁷⁷ AMARAL JUNIOR, José Levi Mello do. Constituição e codificação: primórdios de um binômio. In.: MARTINS-COSTA, Judith. A reconstrução do direito privado. São Paulo: RT, 2002. p. 65-6.

²⁷⁸ MARTINS-COSTA, Judith. A boa-fé no direito privado. São Paulo: RT, 1999. p. 269.

sociais, além de se perceber, já naquela época, pela chamada crise da legalidade, a insuficiência do modelo fechado decorrente da codificação²⁷⁹. Como afirma Karl Engisch, “o problema <<Lei e Direito>> tornou-se o ponto fulcral da metodologia jurídica”²⁸⁰.

A solução encontrada para suplantar a incompletude do ordenamento jurídico foi desenvolvida a partir da idéia de constituir-se o ordenamento jurídico não como um sistema fechado, nos limites ambicionados pelo jusracionalismo iluminista, mas um sistema aberto²⁸¹, ou pelo menos dotado de partes que possibilitem uma mobilidade²⁸² ou uma autoconstrução²⁸³, reconduzindo o direito para além da lei, sem, contudo, extravasar do ordenamento.

Cabe aqui destacar que os termos ordenamento e sistema não são sinônimos, mas complementares. Por ordenamento entende-se, nos termos acima expostos, o conjunto total das normas de um determinado Estado num dado espaço-tempo.

²⁷⁹ ALBUQUERQUE, Ronaldo Gatti de. Constituição e codificação: a dinâmica atual do binômio. In.: MARTINS-COSTA, Judith. A reconstrução do direito privado. São Paulo: RT, 2002. p. 73.

²⁸⁰ Introdução ao pensamento jurídico. 7ª ed. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1996. p. 380.

²⁸¹ Para Claus-Wilhelm Canaris a abertura do sistema pode ser apreendida em duas acepções: como oposição ao sistema fechado (dominado pela idéia de uma codificação), constituído num sistema casuístico apoiado na jurisprudência; ou como ordem incompleta, capaz de evoluir e modificar-se. (Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito. 2ª ed. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1996. p. 103-4).

²⁸² Esta concepção, proposta por Walter Wilbur, funda-se na constatação de que o ordenamento jurídico é a princípio um sistema imóvel, “pois ele atribui, em regra, aos princípios singulares, âmbitos de aplicação delimitados, dentro dos quais eles não são substituíveis e prefere [como característica decorrente da opção pela codificação] a formação rígida de previsões normativas, que exclua uma determinação variável das conseqüências jurídicas”, mas dotado de partes móveis caracterizadas por uma previsão normativa flexível onde “devem ponderar-se vários fatores entre si”. (CANARIS, Claus-Wilhelm. Op. Cit. p. 134-6, *passim*).

²⁸³ A autoconstrução é baseada na idéia de um sistema autopoietico, nos termos propostos por Niklas Luhmann e Gunther Teubner, conforme nos esclarece Carin Prediger, ao afirmar que o “Direito seria um sistema autopoietico porque os elementos que o compõem estão em permanente reprodução, interagindo e formando o sistema [...] baseado no pressuposto de que a unidade e a identidade de um sistema deriva da característica de auto-referenciabilidade dos seus processos e operações”. (A noção de sistema e o código civil. In.: MARTINS-COSTA, Judith. A reconstrução do direito privado. São Paulo: RT, 2002. p. 167).

Sistema, ao seu turno, tem sentido diverso, caracterizado pela ordem e pela unidade e encontra a sua correspondência jurídica na “idéia de adequação valorativa e da unidade interior do Direito”²⁸⁴.

Por ser ordem e unidade o sistema se confunde com o ordenamento quando se refere “sistema jurídico”²⁸⁵ de um Estado como modelo de organização ou ligação entre suas normas. Mas o ordenamento não só pode ser visto como um sistema, como alberga em si toda a pluralidade de sistemas que o compõem. “O ordenamento é, assim, uma espécie de ‘ecossistema’, que pode abranger uma ampla variedade de sistemas e subsistemas normativos”²⁸⁶.

Sob este enfoque, pode-se dizer, sem possibilidade de erro, que o Direito Privado forma um sistema autônomo dentro do ordenamento jurídico. Assim como o direito do consumidor, um microssistema²⁸⁷ dentro daquele.

Da mesma forma, o Direito Constitucional forma um sistema autônomo e não se confunde com o ordenamento, apesar de lhe conferir, como assinalado, a unidade como fonte de validade. Isto porque a Constituição, nas palavras de Konrad Hesse, “não é uma ordem da totalidade da colaboração socio-territorial [...] tampouco é uma unidade já concluída – lógico-axiomática ou hierárquica de valores – sistemática”²⁸⁸.

Se a completude do ordenamento está ligada à idéia de um sistema fechado, a possibilidade da existência de lacunas que o próprio

²⁸⁴ CANARIS, Claus-Wilhelm. *Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito*. 2ª ed. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1996. p. 279.

²⁸⁵ “Quando nos perguntamos se um ordenamento jurídico constitui um sistema, nos perguntamos se as normas que o compõem estão num relacionamento de coerência entre si, e em que condições é possível essa relação”. (BOBBIO, Norberto. *Teoria do ordenamento jurídico*. 10ª ed. Brasília; UNB, 1999. p. 71).

²⁸⁶ MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé no direito privado*. São Paulo: RT, 1999. p. 43.

²⁸⁷ A formulação microssistema é empregada com propriedade por Ricardo Luiz Lorenzetti, ao referir espécies normativas que buscam, dentro do sistema de direito privado, destacar e organizar segmentos específicos do direito. (*Fundamentos do direito privado*. São Paulo: RT, 1998. p. 45 e 78, *passim*).

²⁸⁸ *Elementos de direito constitucional da República Federal da Alemanha*. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1998. p. 38.

ordenamento não pode solucionar leva ao reconhecimento do sistema aberto ou dotado de mobilidade como forma de suprir estas lacunas da lei.

A forma de atuar deste sistema aberto se cristaliza na idéia de um “pensamento sistemático”, como meio de “expressar a adequação valorativa e a unidade interior de uma ordem jurídica”²⁸⁹. Na síntese de Carin Prediger “a utilidade do conceito de sistema reside na possibilidade de este servir à ciência e à prática do direito, facilitando a aplicação dos seus princípios, conceitos e regras gerais, de modo a assegurar uma (*sic.*) certa previsibilidade dos seus efeitos jurídicos”²⁹⁰.

4.4.1.2. Equilíbrio do sistema: cláusulas gerais

Ao contrário dos que vêm na abertura do sistema um risco à segurança jurídica, esta abertura possibilita um constante retorno ao equilíbrio das situações jurídicas. Este equilíbrio é buscado na idéia da epiqueia, que vem a ser o juízo de equidade - que “pressupõe o conhecimento da lei e do fato” - valorado pela noção de justo, em outras palavras: “um esforço hermenêutico de quem analisa a desarmonia comprometida/perdida de uma situação jurídica”, o que só é possível a partir do momento em que se libera o juiz da observância rigorosa da lei²⁹¹.

De fato, se o direito se realiza no caso concreto após sua redução hermenêutica, a norma concreta - seja a norma de decisão, seja a declaração de vontade pela autonomia privada - quando conformada aos valores

²⁸⁹ CANARIS, Claus-Wilhelm. Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito. 2ª ed. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1996. p. 280.

²⁹⁰ A noção de sistema e o código civil. In.: MARTINS-COSTA, Judith. A reconstrução do direito privado. São Paulo: RT, 2002. p. 150.

²⁹¹ NERY, Rosa Maria Barreto Borriello de Andrade. Vínculo obrigacional: relação jurídica de razão (técnica e ciência de proporção) (uma análise histórica e cultural). Tese de Livre-Docência. São Paulo, 2004. p. 114-5.

e princípios do ordenamento não suscita maiores indagações; tem-se o direito *autonomamente realizado*.

As indagações começam a surgir no momento em que o fenômeno jurídico, por qualquer de seus efeitos, gera a necessidade de buscar no enunciado normativo uma forma de (re)equilibrar a situação posta. Por certo que o juiz não está submetido, no sistema aberto, rigorosamente ao “espírito da lei” ou “à vontade do legislador” quando se depara com “hipóteses de lacunas normativas”; a ele cabe decidir com vistas às normas que veiculam princípios e valores que informam o ordenamento jurídico, não lhe sendo possível uma “discrecionabilidade judicial”, mas tão somente um juízo de legalidade/constitucionalidade²⁹².

Stefano Rodotà com grande agudeza revela:

Quien ve en la amplitud del papel de la jurisprudencia la prueba de la posibilidad de dar solución adecuada a los nuevos problemas inmersos por el cambio de la realidad solamente a través de la actividad del juez, estará inducido a exigir la introducción de cláusulas generales que legitiman y precisen la amplitud de tales poderes que el juez, a veces en vía de mero hecho, asume. Quienes, por el contrario, consideran que la ampliación de poderes de los jueces es posible únicamente ante la falta de leyes particulares suficientemente precisas, insistiremos sobre todo sobre la inmediata necesidad de éstas últimas²⁹³.

²⁹² GRAU, Eros Roberto. *Ensaio e discurso sobre a aplicação/interpretação do direito*. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 202. O autor refere apenas ao juízo de legalidade, cabendo a José Joaquim Gomes Canotilho a explicitação da vinculação do juiz não só à lei, mas antes e acima dela, o juiz está vinculado à constituição. (*Direito Constitucional e teoria da constituição*. 2ª ed. Coimbra: Almedina, 1998. p. 409).

²⁹³ Il problema della responsabilità civile. Milán, n. d., 1964. P. 127 e segs. *apud* IRTI, Natalino. *Introducción ao estudo del derecho privado*. Lima: Grijley, 2003. p. 166-7 - nota 195.

Na contramão das codificações oitocentistas, que almejavam uma completude temática, como expressão de um sistema axiomático-dedutivo²⁹⁴, onde bastaria ao aplicador da lei efetuar uma operação de subsunção do fato à norma posta²⁹⁵, desenvolveu-se, principalmente no período pós-segunda guerra mundial, a inteligência de uma sistemática aberta, ou pelo menos dotada de mobilidade²⁹⁶, onde se pudesse manter a codificação como “eixo central”²⁹⁷ e utilizar-se de normas abertas como meio de atingir uma operabilidade do Direito²⁹⁸.

Tais normas abertas aparecem ora como termos indeterminados do conceito²⁹⁹, ora como cláusulas gerais.

Ao se referir aos termos indeterminados do conceito, Antonio Manuel da Rocha e Menezes Cordeiro, anota que “tal característica ocorre sempre que um conceito não permita comunicações claras quanto ao seu conteúdo, por polissemia, vaguidade, ambigüidade, porosidade ou esvaziamento”³⁰⁰, o que os torna, em larga escala, incertos³⁰¹.

²⁹⁴ Claus-Wilhelm Canaris. *Pensamento Sistemático e Conceito de Sistema na Ciência do Direito*. p. 44.

²⁹⁵ Em palavras precisas de Norberto Bobbio ao referir ao dogma de completude, “o código é para o juiz um prontuário que lhe deve servir infalivelmente e do qual não pode afastar-se”. (*Teoria do ordenamento jurídico*. 10ª ed. Brasília: UNB, 1999. p. 121).

²⁹⁶ MARTINS-COSTA, Judith. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, a. 28, n. 112. out./dez. 1991. p.

²⁹⁷ COUTO E SILVA, Clóvis. *O direito civil brasileiro em perspectiva histórica e visão de futuro*. AJURIS. v. 40, 1987. p. 148-149.

²⁹⁸ REALE, Miguel. *Visão geral do projeto de código civil*. *Cidadania e Justiça*. a.5, n.10, jan./jun. 2001. p.

²⁹⁹ GRAU, Eros Roberto. *O direito posto e o direito pressuposto*. p. 195 e segs. Para este autor, a indeterminação que comumente se atribui ao conceito jurídico (idéias universais) na verdade atinge suas expressões (termos). Entende que “todo conceito é uma suma de idéias que, para ser conceito, tem de ser, no mínimo, determinada”. Entendendo-se que a coerência da argumentação jurídica deve fundar-se na exatidão dos termos utilizados, valer-se-á desta denominação (termos indeterminados do conceito) em substituição à expressão comum conceito jurídico indeterminado, ou, conceito legal indeterminado, como preferem Nelson Nery Júnior e Rosa Maria Barreto Borriello de Andrade Nery (*Novo Código Civil e Legislação Civil Extravagante Anotados*. São Paulo: RT, 2002. p. 5-6).

³⁰⁰ *A boa fé no direito civil*. Coimbra: Almedina, 2001. p. 1176-7.

³⁰¹ ENGLISH, Karl. *Introdução ao Pensamento Jurídico*. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1996. p. 208.

“Atribuir significado a estes termos equivale à identificação das espécies de fato alcançadas por um texto normativo”³⁰². Nesta direção opina Judith Martins-Costa, ao afirmar que “os conceitos formados por termos indeterminados integram, sempre, a descrição do ‘fato’ em exame, com vistas à aplicação do direito. Embora permita, por sua vagueza semântica, abertura às mudanças de valorações, a verdade é que, por se integrarem na descrição do fato, a liberdade do aplicador se exaure na fixação da premissa”, e conclui afirmando que “o caso é, pois, de *subsunção*. Não haverá, ai, ‘criação de direito’ por parte do juiz, mas apenas *interpretação*” (destaques da autora)³⁰³.

Por outro lado, no âmbito das cláusulas gerais³⁰⁴, Karl Larenz preconiza que:

A sua ‘aplicação’ exige sempre a concretização, quer dizer, a determinação ulterior do seu conteúdo, e esta por seu lado retroage à ‘aplicação’ da pauta em casos futuros semelhantes, pois em cada concretização (alcançada) serve de caso de comparação e torna-se assim ponto de partida para concretizações ulteriores³⁰⁵.

Ao contrário das normas casuísticas que já possuem, com expressivo grau de certeza, a previsão de realização.

Ou seja, independente de, muitas vezes, as cláusulas gerais virem informadas por termos indeterminados, elas “exigem que o juiz concorra ativamente para a formulação da norma”³⁰⁶, competindo “ao juiz um poder

³⁰² GRAU, Eros Roberto. O direito posto e o direito pressuposto. 4ª ed. São Paulo: Malheiros, 2002. p. 199.

³⁰³ A boa-fé objetiva no direito privado. São Paulo: RT, 1999. p. 326.

³⁰⁴ Natalino Irti prefere a expressão normas elásticas para referir às cláusulas gerais, pois se utiliza deste termo para significar as espécies de norma cujo autor do ato contemplado em sua hipótese de fato é uma classe de sujeitos e não um sujeito determinado. (Introducción al estudio del derecho privado. Lima Grijley, 2003. p. 193-4). Neste trabalho seguiremos a linha doutrinária dominante que prefere a formulação cláusulas gerais.

³⁰⁵ Metodologia da ciência do direito. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997. p. 312.

³⁰⁶ MARTINS-COSTA, Judith. A boa-fé objetiva no direito privado. São Paulo: RT, 1999. p.326.

extraordinariamente mais amplo, pois não estará tão somente estabelecendo o significado do enunciado normativo, mas por igual criando direito, ao completar a *fattispecie* e ao determinar ou graduar as conseqüências (estatuição) que entenda correlatas à hipótese normativa indicada na cláusula geral”³⁰⁷.

Entretanto, casuística³⁰⁸ e cláusula geral se contrapõem, apesar dos métodos permitirem apenas uma distinção relativa³⁰⁹.

António Manuel da Rocha e Menezes de Cordeiro identifica três tipos de cláusulas gerais, a saber: restritivo, extensivo e regulativo. Discorre acerca delas nos seguintes termos:

O tipo restritivo opera contra uma série de permissões singulares, delimitando-as, como a restrição operada pela cláusula geral da função social do contrato às regras, contratuais ou legais; o tipo extensivo uma regulação dispersa em vários preceitos, opera a introdução de princípios e regras próprias de outros textos normativos; o tipo regulativo que não se ordena, como as anteriores, em

³⁰⁷ MARTINS-COSTA, Judith. O direito privado como um “sistema em construção”. As cláusulas gerais no projeto do código civil brasileiro. Revista de Informação Legislativa, Brasília, a. 35, n. 139, jul./set. 1998. p. 6.

³⁰⁸ “Casuística é aquela configuração de hipótese legal (enquanto somatório dos pressupostos que condicionam a estatuição) que circunscreve particulares grupos de casos na sua especificidade própria” (ENGISH, Karl. Introdução ao pensamento jurídico. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1996. p. 228). O autor exemplifica a distinção entre casuística e cláusula geral citando estudo de H. Nipperdey, mostrando a enumeração casuística dos parágrafos 823 a 825 do BGB frente ao artigo 1382 do Código Francês. (p. 229).

³⁰⁹ ENGISH, Karl. Introdução ao pensamento jurídico. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1996. p. 230. Natalino Irti ao referir às cláusulas gerais assevera que elas “dejan al juez un amplio espacio para la determinación de las *fattispecie* y de los efectos. La pérdida de rigor y de univocidad, las oscilaciones en significado y en el área aplicativa de las particulares normas, hallan una compensación en la *ductibilidad histórica*, en la capacidad de registrar, a través de las palabras, fases diversas de la conciencia social”. (Introducción al estudio del derecho privado. Lima: Grijley, 2003. p. 166-7)

função de outras disposições, a exemplo da regulação da responsabilidade civil por culpa³¹⁰.

Nestes termos, aproxima-se do que se pode chamar de metanorma, ou seja, a cláusula geral se configura em um enunciado normativo “mediante el cual el jurista habla de las normas”³¹¹.

As cláusulas gerais, na abalizada doutrina de Franz Wieacker, surgiram para o legislador como meio eficaz de afastar-se da “tormentosa escolha entre uma abstração empobrecedora e uma casuística acanhada”, pois estas normas se compunham de “uma linha de orientação, que, dirigidas ao juiz, o vinculam e, ao mesmo tempo, lhe dão liberdade”³¹².

A função primordial das cláusulas gerais é “permitir a abertura e a mobilidade do sistema jurídico”³¹³, promovendo o reenvio do intérprete autêntico³¹⁴ a pautas de valoração intrínsecas ao caso concreto, seja em disposições outras presentes no sistema, seja presentes fora do sistema, mas consagradas pelo corpo social e formuladas dentro da ordem jurídica. Tal medida é possível pelo esforço interpretativo no âmbito da aplicabilidade da norma.

A fundamentação da cláusula geral está, portanto, na “ideologia dinâmica da interpretação jurídica”, formulada por Eros Roberto Grau, que será transcrita, mesmo sob o prejuízo da forma, mas com a certeza da integral compreensão do texto:

³¹⁰ A boa fé no direito civil. Coimbra: Almedina, 2001. p. 1184. Os exemplos foram tirados de: MARTINS-COSTA, Judith. O direito privado como um “sistema em construção”: As cláusulas gerais no projeto do código civil brasileiro. Revista de Informação Legislativa, Brasília, a. 35, n. 139, jul./set. 1998. p. 5.

³¹¹ IRTI, Natalino. Introducción al estudio del derecho privado. Lima: Grijley, 2003. p. 155. “São normas que não prescrevem a conduta que se deve ter ou não ter, mas as condições e os procedimentos através dos quais emanam normas de conduta válidas”. (BOBBIO, Norberto. Teoria do ordenamento jurídico. 10ª ed. Brasília: UNB, 1999. p. 33.)

³¹² História do direito privado. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1993. p. 545.

³¹³ MARTINS-COSTA, Judith. A boa-fé no direito privado. São Paulo: RT, 1999. p. 341.

³¹⁴ Segundo o alcance da expressão em: KELSEN, Hans. Teoria pura do direito. São Paulo: Martins Fontes, 1995. p. 387-8.

A *vida social* corresponde ao contexto funcional das normas jurídicas e leva em consideração o atual contexto sistêmico e lingüístico; nada obsta a que o direito suscite e antecipe mudanças na vida social; impõe-se que a interpretação do direito o adapte às necessidades da *vida social*, para torná-lo mais adequado a ela - esta adequação é o valor máximo da ideologia dinâmica da interpretação jurídica; o significado da norma jurídica não é, portanto, nenhum fato do passado conectado por vínculos fictícios à vontade do legislador histórico - seu significado se altera na medida em que se alteram os contextos nos quais a norma jurídica opera; a linguagem jurídica varia na medida em que passam por variações os contextos funcional e sistêmico; a metodologia funcional é tomada de modo preferencial, sendo fim básico da interpretação jurídica a adaptação do direito às necessidades da vida social; a metodologia lingüística privilegia a pragmática da linguagem jurídica. Ou seja, a dependência do significado dos termos e expressões - especialmente dos termos e expressões valorativos - ao contexto de seu uso interpretativo atual; a metodologia sistêmica privilegia a consideração do sistema jurídico atual, no momento no qual a interpretação é processada; a interpretação, no quadro da ideologia dinâmica, é uma atividade *criadora ex definitione*, na medida em que cria o direito *em ato*, ou seja, aquele cujas normas são determinadas na interpretação³¹⁵. (grifos originais)

³¹⁵ Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 113.

Conquanto as cláusulas gerais permitam a abertura, ou mobilidade do sistema, a sua utilização “exige o afastamento do pensamento axiomático-dedutivo”³¹⁶.

Em história recente, quem trouxe contribuição significativa acerca deste tema foi Theodor Viehweg a partir de seu trabalho intitulado *Topik und Jurisprudenz*, publicado em 1953, o qual desenvolveu a idéia do direito como pensamento problemático, e não sistemático, como se consagrou o pensamento sob a égide do movimento positivista, provocando ruptura na metódica hermenêutica³¹⁷.

Esta ruptura deveu-se exatamente ao questionamento sobre ser o método axiomático-dedutivo capaz de suprir as lacunas decorrentes da incompletude do sistema jurídico, promovendo uma quebra na convicção da suficiência no método demonstrativo, elaborado por Christian Wolff no século XVIII, promovendo a elevação do método tópico a único meio eficaz de promover todas as soluções aos problemas jurídicos.

Pelo método demonstrativo, Christian Wolff afirmava ser possível deduzir-se, analiticamente, a partir dos princípios e valores do direito natural por meio de axiomas superiores até chegar ao conceito jurídico sintético, que se aplicaria a cada caso em particular. Esta redução *more geométrico* foi a base da denominada escola da jurisprudência dos conceitos que deitou seus fundamentos nas codificações oitocentistas³¹⁸.

³¹⁶ MARTINS-COSTA, Judith. A boa-fé no direito privado. São Paulo: RT, 1999. p. 355.

³¹⁷ AMARAL, Francisco. Direito civil. Introdução. 5ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 49.

³¹⁸ WIEACKER, Franz. História do direito privado. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1993. p. 361-3.

A seu turno, o pensamento tópico desenvolver-se-ia a partir de um problema dado, para, então, atingir os conceitos e proposições da Ciência do Direito³¹⁹ em um raciocínio inverso do proposto pelo pensamento sistemático. Este método permite, ainda, que a jurisprudência mantenha íntimo contato com a realidade e que os atores da situação jurídica participem de forma ativa do processo de solução do caso³²⁰. Para Franz Wieacker,

O mérito da tópica jurídica reside na apresentação da possibilidade de ir buscar à discussão histórica dos problemas na actuação práctico-social responsável dos juristas as tais verdades jurídicas tantas vezes procuradas num plano extra-histórico e, ao mesmo tempo, na clarificação das tarefas práctico-morais e dos limites da construção conceitual e sistemática do direito³²¹.

Por certo que o pensamento tópico, como raciocínio voltado para o problema, opera, de certo modo, um antagonismo ao pensamento sistemático, gerando relações de exclusão ou tensão.³²²

Theodor Vieweg resume o método tópico como a “arte de ter presentes em cada situação vital as razões que recomendam e as que desaconselham dar um determinado passo – bem entendido, em ambos os sentidos, tanto as razões a favor, como as razões contra”³²³.

Como acentua Tércio Sampaio Ferraz Junior ao introduzir o livro de Theodor Viehweg *Tópica e Jurisprudência* na versão em português:

³¹⁹ CANARIS, Claus-Wilhelm. *Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito*. 2ª ed. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1996. p.248.

³²⁰ ROBERTO, Giordano Bruno Soares. *Teoria do método jurídico: a contribuição de Theodor Viehweg*. In: FIUZA, César et alli. (Coords.). *Direito Civil: atualidades*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003. p. 87-8.

³²¹ WIEACKER, Franz. *História do direito privado*. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1993. p. 690.

³²² ZANITELLI, Leandro Martins. *Tópica e pensamento sistemático: convergência ou ruptura*. In: MARTINS-COSTA, Judith (Org.). *A reconstrução do direito privado*. São Paulo: RT, 2002. p. 124.

³²³ *Tópica e Jurisprudência*. Brasília: Departamento de Imprensa Nacional, 1979, p. 33.

“Viehweg nota, diante deste problema, que o pensamento teórico do jurista elabora também enunciados que se relacionam à práxis jurídica, mas que têm uma natureza peculiar”³²⁴.

Porém, como demonstra Claus-Wilhelm Canaris, a tópica sobrevive ao pensamento sistemático operando duas funções distintas: “como meio auxiliar perante a falta de valores legais bastantes, em especial nos casos de lacuna; como processo adequado perante remissões legislativas para o ‘commum sense’ e perante decisões de equidade”. Neste segundo caso atuam as cláusulas gerais.³²⁵

Contudo, este aparente embate entre o pensamento sistemático e o pensamento tópico não bastou a apresentar uma solução metódica que poderia ser utilizada em todos os casos em que se faz necessária a intervenção do intérprete do direito. Trouxe, porém, a abertura para o desenvolvimento de novas vias de pensamento, rompendo a estreiteza da subsunção própria ao método axiomático-dedutivo para abrir caminho para a retórica e o argumento dentro de um sistema axiológico-teleológico de princípios.

Neste sentido, o desenvolver de um novo paradigma hermenêutico o qual, no sentir de Francisco Amaral, tem com objetivo:

Demonstrar que a investigação do direito não é uma subsunção, de acordo com as regras lógico-formais fixadas em lei, mas sim um processo criativo, construtivo e concretizador da norma aplicável ao caso, que parte da compreensão de que a lei não é unívoca e completa, que sua aplicação não é mera reprodução mecânica³²⁶.

³²⁴ FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. Prefácio à tradução brasileira. In.: VIEHWEG, Theodor. Tópica e Jurisprudência. Brasília: Departamento de Imprensa Nacional, 1979, p. 3

³²⁵ Claus-Wilhelm Canaris. Pensamento Sistemático e Conceito de Sistema na Ciência do Direito. p.270 e segs.

³²⁶ AMARAL, Francisco. Direito Civil: introdução. 5ª ed. Rio de Janeiro: Renovar. p. 50.

Volta-se, aqui, à norma individualizada concreta, produto da intervenção do intérprete; tanto o intérprete autêntico kelseniano que deduz a norma de decisão, como o particular, que cria a norma em decorrência da manifestação autônoma e privada de vontade.

Esclarecidos estes temas, dentro dos limites que o trabalho se propõe a enfrentá-los, chega o momento de partir-se para o derradeiro tópico no qual se discutirá a eficácia e a efetividade dos direitos fundamentais nas relações privadas. Porém, antes de atingir o tópico final, cabe abrir um capítulo para que se possa determinar a extensão e complexidade que envolve a constitucionalização de princípios de Direito Privado no âmbito da Constituição Federal, posto que tal abordagem, na visão do autor, tornará clara a exposição do tópico final.

4.4.2. A Constituição e o Código Civil³²⁷

A justificativa para a presente abordagem decorre da necessidade de chamar a atenção do leitor para o fato de que, cada vez mais se elevam ao *status* constitucional institutos e princípios próprios ao Direito Privado: pessoa, família, propriedade etc.

Como já alertava Clóvis Bevilacqua, nos idos de 1935, o constituinte originário não se conteve em “traçar a synthese geral das experiências jurídicas, necessárias á existência dos brasileiros”³²⁸ no momento de refundar o Estado. Tanto àquela época, como agora, a elevação de princípios de Direito Privado à categoria de normas constitucionais tem gerado perplexidades e confusões das mais variadas ordens.

³²⁷ O título foi deliberadamente copiado daquele que foi adotado por Clóvis Bevilacqua ao comentar o influxo de matérias regradadas pelo Código Civil para a Constituição da Republica promulgada a 16 de julho de 1934 e que foi recitada em: Revista de Direito Privado, São Paulo, v. 9, 2002. p. 245-50.

³²⁸ A constituição e o código civil. Revista de Direito Privado, São Paulo, v. 9, 2002. p. 246.

Não se aterá, neste espaço, à discussão calorosa que busca traçar uma linha divisória entre o Direito Público e o Direito Privado, nem mesmo se levará à discussão o palpitante tema da “publicização” do privado e/ou “privatização” do público. Como adverte Francisco Amaral, a superação da modernidade atingiu o Direito, assim como todas as manifestações histórico-culturais da humanidade e um de seus reflexos se manifesta na “relativização da dicotomia Estado X Sociedade Civil, ou público X privado, surgindo um terceiro setor, o dos interesses públicos, porém não estatais”³²⁹. Mas nem por isto deixar-se-á tomar posição adotando algumas noções, de empréstimo, de ponderados doutores.

Em palavras de Karl Larenz, “no pueden separarse entre sí Derecho público y Derecho privado con la misma tajante precisión que las dos mitades de una manzana” e mesmo assim, tal divisão só é possível aplicar-se adequadamente ao direito material – “la ordenación de la vida”³³⁰. A manutenção desta divisão, entretanto, decorre da necessidade da dogmática jurídica em delimitar seus objetos de estudo³³¹.

Direito Privado, em definição de Luis Díez-Picazo e Antonio Gullón, chama-se “al conjunto de normas que regulam la vida humana y los fines que le son propios”. Esta definição é obtida pelo civilista espanhol a partir da idéia de “puras diretrizes metodológicas de adscripción” o que leva a constatação de que existem instituições especializadas que visam regular

³²⁹ O direito civil na pós-modernidade. In.: FIUZA, César et alli. (Coords.). *Direito Civil: atualidades*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003. p. 75.

³³⁰ *Derecho civil: parte general*. Madrid: EDERSA: Revista de Derecho Privado, 1978. p. 5. Pietro Perlingieri destaca com agudeza que: “o Direito Civil não se apresenta em antítese ao Direito Público, mas é apenas um ramo que se justifica por razões didáticas e sistemáticas, e que recolhe e evidencia os institutos atinentes com a estrutura da sociedade, com a vida dos cidadãos como titulares de direitos civis. Retorna-se às origens do direito civil como direito dos cidadãos, titulares de direitos frente ao Estado”. (Perfis do direito civil: Introdução ao direito civil constitucional. Rio de Janeiro: renovar, 1999. p. 55).

³³¹ “La tarea científica de la dogmática de un determinado Derecho positivo consiste en la construcción de institutos jurídicos, en la reducción de las singulares proposiciones jurídicas a conceptos más generales y, por otro lado, en la deducción de las consecuencias resultantes de tales conceptos”. (LABAND, P. *Das staatsrecht des Deutschen Reiches*, I (5ª ed., 1911, pág. IX, *apud* HESSE, Konrad. *Derecho constitucional y derecho privado*. Madrid: Civitas, 1995. p. 41-2, nota 16).

aspectos distintos da realidade, de modo que caberia ao Direito Privado a regulação daqueles que são seus institutos centrais e que envolvem a vida humana e seus fins:

La persona, sus estados civiles, capacidad, libertad o poder de autonomía y responsabilidad; la familia, como reducto último de la intimidad del hombre; la cobertura de las necesidades primarias (p. ej., vivienda, trabajo, actividad profesional, etc.); el estatuto de los bienes económicos, y el intercambio de los bienes y de los servicios o cooperación social³³².

Noção muito próxima a esta nos foi legada por Vicente Ráo, que afirma: “as regras de direito se incorporam em institutos jurídicos, por sua vez e em razão das mesmas causas, os institutos, segundo sua natureza, também se agrupam e formam o conteúdo de cada ramo do direito. [...] E assim surge a primeira grande divisão entre o direito público e o direito privado”³³³.

Inferre-se, então, que o Direito Privado regula os fenômenos que podem ser enquadrados dentro dos limites destes institutos jurídicos que têm por finalidade e função realizar plenamente a pessoa humana; seja em sua “maneira de estar ou estados da pessoa em si mesma considerada”, seja quando

³³² DÍEZ-PICAZO, Luis; GULLÓN, Antonio. Sistema de derecho civil, tomo I. Madrid: Tecnos, 2001. p. 42.

³³³ O direito e a vida dos direitos. 5ª ed. São Paulo: RT, 1999. p. 229. Cabe esclarecer que, ao que parece, apesar da utilização das formulações instituição e instituto, os dois autores citados queiram referir o mesmo significado. Nas palavras de Luis Díez-Picazo e Antonio Gullón a “institución puede decirse que es una realidad social típica regulada por normas jurídicas” (Sistema de derecho civil, tomo I. Madrid: Tecnos, 2001. p. 200) o que pouco a diferencia do instituto que em palavras de Rudolf von Jhering é entendido como “diversas relações jurídicas da vida, suscetíveis de serem examinadas separadamente, [que] ajuntam-se ao redor de grandes unidades sistemáticas: os institutos jurídicos, que em linguagem figurada, diremos que representam a ossatura do direito, à qual se prendem, em substância, as regras de direito”. (De l’esprit du droit romain dans les diverses phases de son développement, v. I, p. 36 e 37, *apud* RÁO, Vicente. O direito e a vida dos direitos. 5ª ed. São Paulo: RT, 1999. p. 229, nota 30).

a pessoa se encontra em relação com outra pessoa³³⁴, no âmbito da, mais apropriadamente chamada, situação jurídica³³⁵.

Desta noção de Direito Privado chega-se ao que se pode entender como situação jurídica privada: situações uni ou intersubjetivas que regulam a vida humana e os fins que lhe são próprios.

Vê-se, então, que a divisão entre Direito Público e Direito Privado cumpre uma função sistemática nos termos em que se adotou acima para o termo sistema. Há dentro do ordenamento jurídico a necessidade de se compartimentalizar em sistemas próprios matérias que se inter-relacionam em maior ou menor grau³³⁶.

Neste ponto indaga-se acerca da possibilidade de uma relação entre o Direito Constitucional e o Direito Privado³³⁷.

³³⁴ Ao primeiro caso Luis Díez-Picazo e Antonio Gullón chamam situação jurídica unisubjetiva, ao segundo, situações jurídicas intersubjetivas. (Sistema de derecho civil, tomo I. Madrid: Tecnos, 2001. p. 201-2).

³³⁵ Situação jurídica, em palavras de Torquato Castro é “a situação que de direito se instaura em razão de uma determinada situação de fato, revelada como fato jurídico, e que se traduz na disposição normativa de sujeitos concretos posicionados perante certo objeto; isto é, posicionados em certa medida de participação de uma res, que se define como seu objeto”. (Teoria da situação jurídica em direito privado nacional. São Paulo: Saraiva, 1985. p. 50). Mais sintética é a noção apresentada por Luis Díez-Picazo e Antonio Gullón: “la <<situación jurídica>> es um determinado modo o uma determinada manera de estar las personas em la vida social, que el ordenamiento jurídico valora y regula” (Sistema de derecho civil, tomo I. Madrid: Tecnos, 2001. p. 201). Esta formulação é mais apropriada do que a clássica formulação relação jurídica privada pois possibilita se explicar fenômenos jurídicos de cunho eminentemente não relacionais, a exemplo a propriedade.

³³⁶ Tercio Sampaio Ferraz Junior afirma que “a teoria jurídica continua a reconhecer a possibilidade do agrupamento das normas em função de princípios setoriais, que dividem, de antemão, as normas em conjuntos mais de natureza didática (como a célebre distinção didática do jurista romano Gaio, que atravessa séculos, entre direito público e privado), que constituem modelos que chamaríamos, então, *sistemáticos*” (grifos originais). (A ciência do direito. 2ª ed. São Paulo: Atlas, 1980. p. 64)

³³⁷ Juan Maria Bilbao Ubillos partindo da noção de unidade do ordenamento jurídico, afirma que tal enfoque “impide que el Derecho Constitucional y el Derecho privado puedan concebirse como compartimentos estancos, como mundos separados que discurren em paralelo y están gobernados por lógicas radicalmente diferentes. (¿En qué medida vinculan a los particulares los derechos fundamentales?. In.: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). Constituição, direitos fundamentais e direito privado. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003. p. 304).

Em face da metodologia que se segue, evitar-se-á o enfrentamento da aporia que o constitucionalismo moderno trouxe para o ordenamento jurídico no momento em que contemplou em seu corpo institutos de outras disciplinas jurídicas, o que torna indiferente para este estudo se existe uma “constitucionalização do direito civil” ou uma “civilização do direito constitucional”³³⁸. Mas ilustra-se a posição adotada repetindo-se lição de Francisco Amaral ao analisar as características do Direito Civil contemporâneo:

*Interpenetração do direito civil com o constitucional, o que representa, para alguns, a constitucionalização do direito civil no sentido de que ‘matérias tratadas pelos civilistas entraram na Constituição’, e para outros, a civilização do direito constitucional, representando a substituição dos fundamentos constitucionais do direito civil pelos fundamentos civis do direito constitucional, tudo isso traduzindo, de imediato, a superação da clássica dicotomia direito público/direito privado. Na verdade, o direito civil constitucional é materialmente direito civil contido na Constituição e só formalmente direito constitucional*³³⁹. (grifos originais)

Ao mesmo tempo em que não se pode traçar de forma definitiva uma linha divisória entre estas disciplinas jurídicas, visto se constituírem em sistemas próprios dentro do ordenamento, não se pode olvidar da íntima e inevitável relação entre elas.

Tal relación puede ponerse de relieve con singular claridad en dos direcciones. A veces el Derecho Constitucional

³³⁸ “Com efeito, uns falam com arrogância de ‘civilização do direito constitucional’ e outros respondem com igual sobranceira com a ‘constitucionalização do direito civil’”. (CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Dogmática de direitos fundamentais e direito privado. In.: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). Constituição, direitos fundamentais e direito privado. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003. p. 339). Francisco Amaral assim resume as posições: “

³³⁹ AMARAL, Francisco. Directo Civil. Introdução. 5ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 155.

puede asumir una función de guía, pionera, y conducir a una *nueva* configuración del Derecho, sea mediante modificaciones inmediatas, derogatorias, sea mediante un mandato obligatorio al legislador para que proceda a tales modificaciones, sea, al menos, mediante las <<directrices e impulsos>> que contenga para la configuración del Derecho Privado. De otro lado, el Derecho Constitucional puede limitarse, y esto es la regla, a una función preservadora, de salvaguarda, con la cual protege el Derecho (Privado) *existente* frente a la suspensión y la modificación por parte del legislador³⁴⁰.

Mas a relação não se limita a esta intervenção do Direito Constitucional sobre o Direito Privado em termos, que já foram abordados anteriormente, de norma superior e fonte de validade. Vai além. Konrad Hesse afirma: “si la valoración precedente de la naturaleza y de las tareas del actual Derecho Constitucional y del Derecho Privado es correcta, ambos aparecen como partes necesarias de un orden jurídico unitario que recíprocamente se completan, se apoyan y se condicionan”³⁴¹.

Karl Larenz utiliza-se de precioso argumento para justificar a coexistência dos dois sistemas, o qual pode ser transposto ao ordenamento brasileiro sem ressalvas, motivo de sua reprodução a seguir:

La ley fundamental no ha querido sustituir el ordenamiento jurídico-privado vigente por unos cuantos principios que requieren un desarrollo puntualizado, sino que ha querido,

³⁴⁰ HESSE, Konrad. Derecho constitucional y derecho privado. Madrid: Civitas, 1995, p. 34.

³⁴¹ Derecho constitucional y derecho privado. Madrid: Civitas, 1995. p. 81. Cabe enfatizar a diferenciação adotada no que diz respeito à noção de ordenamento e sistema; o ordenamento é um sistema ao qual convergem outros sistemas, estando todos vinculados pelos fundamentos do ordenamento.

antes bien, reconocer y confirmar aquél en cuanto totalidad y en sus fundamentos decisivos³⁴².

4.4.2.1. O homem como fundamento do ordenamento jurídico

No estudo sistemático do Direito Civil, o tema pessoa sempre vem em primeiro plano. Isto não decorre de mera coincidência ou de explícita “posición político-jurídica del legislador”³⁴³, mas antes da constatação de que o homem é o valor fonte de todo o ordenamento jurídico³⁴⁴.

Pode-se afirmar que sistemática do Direito Privado tem origem em aspirações aristotélicas, porque a filosofia do Direito demonstra que as *instituições romanas de Direito* seguem a classificação de Cícero, que define o *fim* do Direito propondo a elaboração de uma linguagem a partir dos principais termos da definição do filósofo grego. Para isso leva em conta três elementos: as pessoas (*cives*); as coisas (*res*) e as ações (*causae*). E é a partir desses elementos que se estruturou a idéia do sistema do direito privado: as pessoas, bens e atos³⁴⁵.

³⁴² Derecho civil: parte general. Madrid: EDERSA: Revista de Derecho Privado, 1978. p. 101.

³⁴³ HATTENHAUER, Hans. Conceptos fundamentales del derecho civil. Introducción histórico-dogmática. Barcelona: Ariel, 1987. p. 13.

³⁴⁴ REALE, Miguel. Fundamentos do direito. 3ª ed. São Paulo: RT, 1998. p. 305.

³⁴⁵ NERY, Rosa Maria Barreto Borriello de Andrade. Noções Preliminares de Direito Civil. São Paulo: RT, 2002. p. 106-7.

O uso indiscriminado pelo legislador dos termos homem e pessoa³⁴⁶ não limita o entendimento do tema, ao contrário, estabelece os limites da linguagem jurídica. Como adverte Karl Larenz, pessoa é a dimensão jurídica formal do homem, pois expressa somente sua capacidade jurídica, e não o conceito ético de pessoa do qual é reduzido³⁴⁷. E por pessoa entende-se a “unidade natural e incindível de corpo e alma, reconhecida e não criada pelo direito, qualificada pela humanidade”³⁴⁸.

Para além dessa noção jurídica do homem como pessoa, “el personalismo ético atribuye al hombre, precisamente porque es <<persona>> en sentido ético, un valor en si mismo – no simplemente como medio para los fines otros – y, en este sentido, una <<dignidad>>”³⁴⁹.

Partindo da noção de personalismo, Pietro Perlingieri anota a tentativa de reconstrução do “conceito de pessoa”, com destacada ênfase no “valor da pessoa”, e acrescenta;

No personalismo confluem as ideologias que, depois da Segunda Guerra Mundial, encontram um compromisso político nos princípios fundamentais das novas democracias ocidentais e, em parte, daquelas orientais: o espiritualismo cristão, com veias modernas e sociais, que têm dado vida ao cristianismo social moderno; o existencialismo; o marxismo, recusado na sua

³⁴⁶ “Las palabras <<hombre>> e <<persona>> no significan lo mismo, [...] el hombre es el sujeto de la norma jurídica y, consecuentemente, único objeto de la teoría de la persona. Persona en sentido jurídico es el *hombre* e, por ende, todo hombre, pero sólo el hombre”. (HATTENHAUER, Hans. *Conceptos fundamentales del derecho civil. Introducción histórico-dogmática*. Barcelona: Ariel, 1987. p. 14).

³⁴⁷ *Derecho civil: parte general*. Madrid: EDERSA: Revista de Derecho Privado, 1978. p. 5.

³⁴⁸ CALGARO, Gerson Amauri. Patrimônio genético. Comércio e proteção de substâncias do corpo humano. *Revista de Direito Privado*, vol. 16, out./dez. 2003. p. 99.

³⁴⁹ LARENZ, Karl. *Derecho civil: parte general*. Madrid: EDERSA: Revista de Derecho Privado, 1978. p. 45.

integralidade pelo personalismo, mas apreciado pela sua substancia humanista de liberação social.³⁵⁰

Deste modo, a pessoa humana, como elemento fundamental de Direito Privado, é protegida em sua dignidade pelo Direito Civil desde os seus primórdios; assim, pode-se dizer que a dignidade e o respeito à pessoa humana são Princípios Gerais de Direito que tiveram suas origens no Direito Privado³⁵¹.

Assim que, como afirmado anteriormente, o legislador constituinte optou em positivizar este preceito ético conferindo à dignidade da pessoa humana o papel de pedra angular de validade e legitimidade do ordenamento jurídico.

Cabe então acatar a advertência de Laband, acerca da origem dos conceitos de Direito Privado que informam o direito político, ao afirmar que:

Cuando se pretende evitar los conceptos del Derecho Privado, se están repudiando los conceptos jurídicos en general para sustituirlos por planteamientos filosóficos y políticos. La ciencia del Derecho Privado ha cobrado en líneas generales tanta ventaja sobre todas las demás disciplinas jurídicas que éstas no han de recatarse en aprender de su hermana mayor.³⁵²

³⁵⁰ PERLINGIERI, Pitro. Perfis do Directo Civil: Introdução ao direito civil constitucional. Rio de Janeiro: Renovar, 1999. p. 35-6.

³⁵¹ “La libertad privada de la persona, que el Derecho Civil presupone y para cuya preservación y desarrollo dispone normas y procesos jurídicos, es requisito indispensable para las decisiones responsables y para la posibilidad misma de decidir. Ello funda la enorme transcendencia del Derecho Privado para el Derecho Constitucional. En la autodeterminación y en la propia responsabilidad se manifiesta en parte esencial el tipo de persona del que parte la Ley Fundamental y del que depende el orden constitucional”. (HESSE, Konrad. Derecho constitucional y derecho privado. Madrid: Civitas, 1995. p. 86).

³⁵² LABAND, P. Das staatsrecht des Deutschen Reiches, I (5ª ed., 1911, pág. VII e segs., apud HESSE, Konrad. Derecho constitucional y derecho privado. Madrid: Civitas, 1995. p. 43.

E a maior migração de princípios de Direito Privado para o Direito Constitucional deu-se com a massiva previsão constitucional destes princípios voltados à preservação do homem no período pós 2º Guerra Mundial, principalmente nos países da Europa ocidental que experimentaram tantos horrores, como formas imperativas de garantias da dignidade da pessoa humana em sua plenitude.

Em palavras de Luis Díez-Picazo e Antonio Gullón:

Las Constituciones, en la mayor parte de los países de la Europa occidental, han nacido con la pretensión de impedir los totalitarismos que habían desencadenado aquélla, y pasan a ser no solamente los cuerpos formativos de la organización política de los Estados, sino también cuerpos de normas que establecen reglas y principios, garantías institucionales, libertades públicas y derechos fundamentales de las personas, de suerte que como norma fundamental irradian sus efectos a la totalidad el ordenamiento jurídico, que queda, todo él, sujeto a la Constitución³⁵³.

Este fenômeno pode ser encarado sob dois diferentes aspectos. Num primeiro, tem-se o que se denomina <<relevância constitucional das relações privadas>>, no qual determinados institutos jurídicos de caráter eminentemente privados são tratados na própria Constituição. Em outra acepção o Direito Privado sofre a influência das normas de direitos fundamentais inseridas na Constituição como parâmetros hermenêuticos, consubstanciados na chamada interpretação conforme a constituição³⁵⁴.

³⁵³ Sistema de derecho civil, tomo I. Madrid: Tecnos, 2001. p. 42.

³⁵⁴ FACHINI NETO, Eugênio. Reflexão histórico-evolutivas sobre a constitucionalização do direito privado. In.: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). Constituição, direitos fundamentais e direito privado. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003. p. 35-8.

E o princípio da dignidade da pessoa humana se apresenta como valor axiológico supremo a ponto de ser conduzido como fundamento da República brasileira.

Contudo, mesmo que se defronte com estas diferentes acepções, se “o ponto de análise é a gerência de aspectos que viabilizem o exercício de fato e de direito, da humanidade da pessoa, é possível que haja necessidade de se enfrentar o problema a partir de princípios de direito privado”³⁵⁵, sejam aqueles que expressamente aparecem na Constituição, seja os que não sofreram esta constitucionalização.

Com a entrada em vigor do novo Código Civil, esta necessidade teve ampliada suas conseqüências em face da elevação da pessoa como centro de irradiação de seu sistema, perdendo, ou minimizando sensivelmente, o centralismo patrimonialista que dominava o Código Civil revogado. Em palavras de Francisco Amaral, “no campo do direito civil, desenvolveu-se um processo de reflexão sobre a pessoa e o conceito de pessoa e de sujeito de direito, e suas implicações no campo dos principais institutos jurídicos”³⁵⁶.

O que realmente não se pode deixar escapar à discussão é o âmbito de realização dos princípios de Direito Privado, que tem uma aplicação voltada ao indivíduo³⁵⁷ no campo de atuação do Direito Privado e uma fonte de garantia e proteção diferenciada no campo de atuação dos direitos fundamentais³⁵⁸ que podem atingir o indivíduo, mas se presta acima de qualquer

³⁵⁵ NERY, Rosa Maria Barreto Borriello de Andrade. *Noções Preliminares de Direito Civil*. São Paulo: RT, 2002. p. 94.

³⁵⁶ *Direito Civil. Introdução*. 5ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 53.

³⁵⁷ Em sua tentativa de delimitar a noção de direito privado, Paul Oertmann, após esclarecer que o direito privado serve para regular os interesses particulares, afirma que: “los intereses específicos del individuo se pueden referir em último término a dos tendencias fundamentales [...] la propia conservación e la de la conservación de la especie”. (*Introducción al derecho civil*. Barcelona: Editorial Labor, 1933. p. 25-6)

³⁵⁸ MORAES, Maria Celina Bodin de. O conceito de dignidade humana: substrato axiológico e conteúdo normativo. In.: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). *Constituição, direitos fundamentais e direito privado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003. p.115-6.

medida a uma fonte de segurança de efetiva realização destes princípios no âmbito do Direito Privado.

Diz-se assim que “el significado Del Derecho Constitucional para el Derecho Privado consiste en *singulares* funciones de garantía, orientación e impulso”, oferecendo condições de efetivação de certos institutos³⁵⁹ e atuando com uma função de proibição de intervenção dirigida ao legislador privado³⁶⁰.

Numa via de mão dupla, o Direito Privado também pode intervir nos direitos fundamentais ampliando seu alcance. E isto é possível pela abertura que o § 2º do art. 5º da Constituição confere no que Ingo Wolfgang Sarlet classifica como “concepção materialmente aberta de direitos fundamentais”³⁶¹.

Exemplo emblemático é a modificação que sofreu o inciso XVIII, do artigo 7º da Constituição Federal³⁶² que acresceu à sua casuística os efeitos decorrentes da aplicação da cláusula geral do risco da atividade, prevista no parágrafo único do art. 927 do Código Civil³⁶³, como decorrente que é do princípio da solidariedade, ou seja, apesar de não estar expressamente contemplado no corpo formal da Constituição, o risco da atividade pode ser enfrentado como direito materialmente fundamental na medida em que é extraído do princípio da solidariedade, o que faz letra morta a previsão de culpa como desencadeador do dever de indenizar.

³⁵⁹ HESSE, Konrad. *Derecho constitucional y derecho privado*. Madrid: Civitas, 1995, p. 83.

³⁶⁰ CANARIS, Claus-Wilhelm. *Direitos fundamentais e direito privado*. Coimbra: Almedina, 2003. p. 56 e segs, *passim*.

³⁶¹ *A eficácia dos direitos fundamentais*. 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004. p. 367-8

³⁶² O inciso tem o seguinte texto: seguro contra acidentes de trabalho, a cargo do empregador, sem excluir a indenização a que este está obrigado, quando incorrer em dolo ou culpa. (grifou-se)

³⁶³ A redação do parágrafo é a seguinte: haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem. (grifou-se)

Deste modo, o empregador responde pelo acidente que o trabalhador venha a experimentar, mesmo que se não possa comprovar dolo ou culpa daquele, integrando a prescrição do inciso que prevê a obrigatoriedade de indenização por acidente de trabalho ao princípio da solidariedade esculpido no inciso I do art. 3º da Constituição Federal.

Com estes argumentos responde-se à indagação acima elaborada acerca de institutos e princípios próprios ao Direito Privado que cada vez mais aparecem com *status* constitucional, principalmente sob a denominação geral de direitos fundamentais.

4.5. As doutrinas da eficácia imediata e eficácia mediata dos direitos fundamentais – noções

Se a imediata vinculação dos entes públicos aos direitos fundamentais não trás maiores problemas ao jurista que se dedica ao estudo dos direitos fundamentais³⁶⁴, o mesmo não se pode dizer acerca da vinculação dos particulares a estes direitos.

A controvérsia tomou proporções interessantes a partir da decisão proferida pelo Tribunal Constitucional Alemão, que ficou conhecida como *caso Lüth*³⁶⁵.

Claus-Wilhelm Canaris nos relata que até o advento do caso Lüth, opinião prevalente na Alemanha era a de que os direitos fundamentais tinham como destinatários somente o Estado e que a posição adotada pelo Tribunal Constitucional criou controvérsia que repercute ainda hoje na doutrina daquele País. Porém, esclarece que o grupo que ganhou maior força e adeptos entende ser a vinculação dos particulares aos direitos fundamentais apenas mediata³⁶⁶.

A origem da controvérsia está relacionada com a adoção pelo Tribunal Constitucional da tese do “efeito de irradiação” dos direitos fundamentais sobre o Direito Privado, o qual decorre do entendimento de os direitos fundamentais estabelecerem uma “ordem objetiva de valores”, para

³⁶⁴ “las normas iusfundamentales influyen en el sistema jurídico al establecer, bajo la forma de derechos subjetivos frente a los poderes legislativo, ejecutivo y judicial, estipulaciones que afectan las relaciones entre el Estado y los ciudadanos”. (ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. 3ª reimp. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002. p. 506)

³⁶⁵ Esta decisão já foi referida em 2.2.4.2., quando se discutiu o sentido objetivo dos direitos fundamentais.

³⁶⁶ CANARIS, Claus-Wilhelm. A influência dos direitos fundamentais sobre o direito privado na Alemanha. In.: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). *Constituição, direitos fundamentais e direito privado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003. p. 234-236.

além dos direitos subjetivos de defesa do “particular contra a intervenção dos poderes públicos”³⁶⁷.

Com isso, desenvolveu-se na Alemanha o que foi chamado pela doutrina de *Drittwirkung*, literalmente traduzido como <<eficácia em relação a terceiros>>, também chamada eficácia horizontal, eficácia privada, eficácia externa, porém mais propriamente vertido como <<vinculação de terceiros>> aos direitos fundamentais.

O problema foi colocado sob a seguinte indagação: a eficácia externa dos direitos fundamentais vincula imediatamente ou mediadamente os particulares em suas situações jurídicas privadas? Ou em outras palavras, o que existe é uma eficácia externa imediata ou uma eficácia externa mediata dos direitos fundamentais?

Voltando-se para o que foi exposto capítulos atrás acerca da aplicabilidade das normas de direitos fundamentais (*cf.* capítulo 3), tal indagação perde sentido, posto que toda norma de direito fundamental possui eficácia imediata, no sentido de possibilidade de gerar algum efeito sobre certo fenômeno jurídico, seja de caráter público, seja de caráter privado.

Assim, tanto em sentido subjetivo, como em sentido objetivo, os direitos fundamentais potencialmente deitam seus efeitos sobre os fatos da vida, isto como decorrência mesmo do que se demonstrou acima ao abordar-se o ordenamento jurídico e os diversos sistemas que o compõe.

Portanto, falar em eficácia ao querer dizer vinculação pode gerar conflitos terminológicos que trazem prejuízo ao entendimento da matéria.

O que diferencia o modo como os direitos fundamentais alcançam as situações privadas, portanto, não é a aplicabilidade das normas de

³⁶⁷ A versão em português consultada da decisão, apesar de não representar o seu texto integral, encontra-se em: HECK, Luis Afonso. Direitos fundamentais e sua influência no Direito Civil. Revista de Direito do Consumidor, São Paulo, n.29, jan./mar. 1999. p. 46-7.

direito fundamental, mas a sua realização, no sentido de imediatamente realizar um direito, ou só mediatamente fazê-lo.

Por outro lado, deve-se tomar cuidado entre a confusão que existe acerca das formulações eficácia e vigência. Como visto anteriormente, a eficácia é a possibilidade que a norma tem de ser aplicada e poder exercer e produzir os seus próprios efeitos, enquanto vigência é a dimensão espaço-temporal de obrigatoriedade de uma norma. A norma de direito fundamental se vigente obriga a todos, entes públicos e particulares.

Abrem-se, assim, vários campos argumentativos que envolvem a forma como os direitos fundamentais vinculam os particulares no exercício de suas situações jurídicas privadas, os quais serão a seguir enfrentados.

O primeiro deles está relacionado à possibilidade de normas de direitos fundamentais poderem direta e imediatamente realizar tais direitos no âmbito das situações jurídicas travadas entre particulares, no âmbito da chamada vinculação direta dos particulares aos direitos fundamentais.

No corpo da Lei Fundamental alemã, conforme nos esclarece Konrad Hesse, existem casos em que a norma “atribui expressamente a direito fundamental efeito contra terceiros” e dá como exemplo a proposição que inquina de nulidade as convenções que impeçam a livre formação de associações ou coalizões, presente no artigo 9º, alínea 3, frase 2³⁶⁸.

Dispositivo semelhante pode ser encontrado em nosso ordenamento, onde a norma vincula diretamente os particulares no trato de suas relações, sem que qualquer interferência estatal se faça necessária, a exemplo o

³⁶⁸ Elementos de direito constitucional da República Federal da Alemanha. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor. 1998. p. 282. O artigo citado tem a seguinte versão encontrada em CANARIS, Claus-Wilhelm. Direitos fundamentais e direito privado. Coimbra: Almedina, 2003. p. 143:
Art. 9º. Liberdade de associação.

(*omissis...*)

3. A todas as pessoas e em todas as profissões ou ocupações é garantido o direito de constituir associações para defender e promover as condições económicas e de trabalho. São nulos os acordos que restrinjam ou tratem de impedir este direito, e ilícitas as medidas tomadas com esse fim. (*omissis...*)

§ 6º, do artigo 226, da Constituição Federal, que regula o decurso do prazo no qual a separação de fato gera direito à obtenção do divórcio³⁶⁹. Ou ainda, a obrigação de indenizar decorrente do dano moral prevista no inciso X, artigo 5º, da Constituição Federal, que colocou um fim na antiga controvérsia de ser possível a indenizabilidade de um dano não mensurável economicamente³⁷⁰.

Mas, a possibilidade desta imediata vinculação dos particulares aos direitos fundamentais só ocorre em casos muito específicos, como os citados, em que a norma de direito fundamental pode ser reduzida a uma regra jurídica de aplicação em termos de tudo ou nada, no sentido proposto por Ronald Dworkin³⁷¹.

Entretanto, existem os que defendem uma vinculação direta dos particulares aos direitos fundamentais sob o argumento de que os direitos fundamentais se dirigem não somente aos entes públicos, mas também contra os “sujeitos de direito privado”. Para os defensores desta corrente, “os direitos fundamentais não carecem de qualquer transformação para o sistema de regras de direito privado, antes conduzindo, sem mais, a proibições de interferência no tráfico jurídico privado e a direitos de defesa em face de outros sujeitos de direito privado”³⁷².

Contra esta corrente vozes se levantaram e dentre as objeções mais veementes destaca-se a de Konrad Hesse, para quem o fato de as situações jurídicas que envolvam um ente público e um particular ser tipicamente de

³⁶⁹ Em palavras de Silvio Rodrigues, a Constituição Federal, criou caso especial de divórcio direito que só excepcionalmente era encontrada na ordem antecedente (RODRIGUES, Silvio. *Direito Civil: Direito de família*, vol. 6. 24ª ed. São Paulo: Saraiva, 1999. p. 231). Tal preceito está reproduzido, atualmente, no § 2º do artigo 1.580 do Código Civil. Remetendo-se à noção de norma que se adotou, esta proposição se classifica como norma-regra.

³⁷⁰ Estes exemplos perderam a sua certeza no momento em que o Código Civil entrou em vigor, haja vista que suas hipóteses estão nele consagradas, como no artigo citado na nota anterior e pela previsão expressa da indenizabilidade do dano moral no artigo 186 do Código Civil.

³⁷¹ Cf. 2.2.5.2. acima

³⁷² CANARIS, Claus-Wilhelm. *Direitos fundamentais e direito privado*. Coimbra: Almedina, 2003. p. 53.

subordinação só caberá a proteção deste em face da “prepotência daquele”³⁷³ ; enquanto que, nas situações jurídicas privadas, onde predominam relações de coordenação, todos igualmente gozam da proteção que os direitos fundamentais conferem, gerando um paradoxo: “si los derechos fundamentales actúan en favor y en contra de todos los que toman parte en una relación jurídico-privada, se producirá ordinariamente una colisión de derechos fundamentales”³⁷⁴.

Mais enfática a posição adotada por Claus-Wilhelm Canaris, cujo argumento tem o seguinte teor:

Se, porém, generalizarmos este entendimento, ele conduz a conseqüências dogmáticas insustentáveis, pois então amplas partes do direito privado, e, em especial, do direito dos contratos e da responsabilidade civil, seriam guindadas ao patamar do direito constitucional e privados de sua autonomia. Além disso, incorre-se em grandes dificuldades de ordem prática, já que a maioria dos efeitos jurídicos a que, se conseqüentemente prosseguida, tal concepção forçosamente chegaria – tal como a nulidade de contratos que restringem direitos fundamentais – teria de ser afastada logo por interpretação, pela sua evidente insustentabilidade³⁷⁵.

Ou, ainda, como defende Konrad Hesse, se prevalecer o recurso direto aos direitos fundamentais corre-se o risco de o Direito Privado perder sua identidade, a qual foi construída ao longo da história da própria humanidade, “en perjuicio de la adecuación a su propia materia de la regulación y de su desarrollo ulterior, para lo cual depende de especiales

³⁷³ Esta expressão encontra-se em LARENZ, Karl. *Derecho civil: parte general*. Madrid: EDERSA: Revista de Derecho Privado, 1978. p. 45 e vem vazada nos seguintes termos: los derechos fundamentales han sido concebidos para asegurar al individuo um âmbito de libertad frente a la prepotencia Del Estado.

³⁷⁴ HESSE, Konrad. *Derecho constitucional y derecho privado*. Madrid: Civitas, 1995, p. 60.

³⁷⁵ CANARIS, Claus-Wilhelm. *Direitos fundamentais e direito privado*. Coimbra: Almedina, 2003. p. 53-4.

circunstancias materiales que no cabe procesar sin más con criterios de derechos fundamentales”³⁷⁶.

Não se pode perder de vista que em qualquer caso em que se vá fazer incidir uma norma de direito fundamental sobre uma situação jurídica privada, deve-se observar que o processo hermenêutico deve “realizarse dentro del marco de aplicación do derecho civil respectivamente válido”³⁷⁷, pois, ao contrário, rompe-se o dogma da segurança jurídica.

Prevalece, assim, como regra geral, que a vinculação direta aos direitos fundamentais somente se aplica aos entes públicos, ressalvados a incidência das normas-regra acima discutidas.

O próprio Tribunal Constitucional alemão, ao decidir o caso Lüth, fez consignar expressamente que “no direito civil, o conteúdo jurídico dos direitos fundamentais desdobra-se indiretamente por meio de prescrições jurídico-privadas”³⁷⁸.

Tal incidência indireta está relacionada ao dever de proteção que todo cidadão tem frente ao Estado contra outros cidadãos, assim como frente a certos conteúdos que o próprio ordenamento privado expressa. E, em palavras de Robert Alexy:

Los derechos del individuo frente al legislador pertenecen, entre otros, derechos de protección frente a los conciudadanos y a determinados contenidos del orden jurídico civil. Esto muestra que las normas iusfundamentales tienen también influencia en la relación ciudadano/ciudadano. Esta influencia es especialmente clara en el caso de los derechos frente a la justicia civil.

³⁷⁶ Derecho constitucional y derecho privado. Madrid: Civitas, 1995, p. 60-1.

³⁷⁷ ALEXY, Robert. Teoría de los derechos fundamentales. 3ª reimp. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002. p. 514.

³⁷⁸ HECK, Luis Afonso. Direitos fundamentais e sua influência no Direito Civil. Revista de Direito do Consumidor, São Paulo, n.29, jan./mar. 1999. p. 48.

Entre los derechos frente a la justicia civil se encuentran derechos a que su fallos no lesionen con su contenido derechos fundamentales³⁷⁹.

Tem-se, assim, que a vinculação dos particulares ao Direito Privado é indireta, e isto se justifica posto que “a ordem jurídica privada não está divorciada da Constituição [nem se apresenta] como um espaço livre de direitos fundamentais”. Ao contrário, pois muitos dos chamados direitos fundamentais em sua origem são e continuam a ser princípios de Direito Privado³⁸⁰.

Contudo, as situações jurídicas privadas não se reduzem a relações de coordenação. Em outras palavras, as situações jurídicas privadas não se podem expressar somente como decorrências de uma igualdade formal entre seus sujeitos. Ao contrário. As organizações e os conglomerados econômicos, detentores de inequívoco poder social, impõem aos contratantes fórmulas contratuais pré-estabelecidas as quais são oferecidas à simples adesão³⁸¹. Ou se apresentam como entidades de classe às quais o particular está inexoravelmente vinculado e submetido. Nestes casos, o direito fica frente a típicas relações de subordinação, porém, realizada entre particulares.

³⁷⁹ ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. 3ª reimpr. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002. p. 507.

³⁸⁰ “Se o direito privado deve recolher os princípios básicos dos direitos e garantias fundamentais, também os direitos fundamentais devem reconhecer um espaço de auto-regulação civil, evitando transformar-se em ‘direito de não-liberdade’ do direito privado”. (CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Civilização do direito constitucional ou constitucionalização do direito civil? A eficácia dos direitos fundamentais na ordem jurídico-civil no contexto do direito pós-moderno*. In.: Grau, Eros Roberto e Guerra Filho, Willis Santiago (Orgs.). *Direito constitucional: estudos em homenagem a Paulo Bonavides*. São Paulo: Malheiros, 2001. p. 113)

³⁸¹ “Como se observa na sociedade de massa atual, a empresa ou mesmo o Estado, pela sua posição econômica e pelas suas atividades de produção ou de distribuição de bens ou serviços, encontram-se na iminência de estabelecer uma série de contratos no mercado. Estes contratos são homogêneos em seu conteúdo (por exemplo, vários contratos de seguro de vida, de compra e venda a prazo de bem móvel), mas concluídos com uma série ainda indefinida de contratantes. Logo, por uma questão de economia, de racionalização, de praticidade e mesmo de segurança, a empresa predispõe antecipadamente um esquema contratual, oferecido à simples adesão dos consumidores, isto é, pré-redige um complexo uniforme de cláusulas, que serão aplicáveis indistintamente a toda esta série de futuras relações contratuais”. (MARQUES, Cláudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor*. 2ª ed. São Paulo: RT, 1998. p. 49-50)

Neste âmbito, as normas de direitos fundamentais excepcionalmente podem vincular diretamente os particulares, submetendo as situações jurídicas privadas ao controle direto dos direitos fundamentais. O principal exemplo está nos chamados direitos sociais enumerados nos artigos 6º e 7º da Constituição Federal, os quais impõem regras de observação compulsória nos contratos de trabalho³⁸².

Ou em outra medida, o reconhecimento extraordinário da vinculação direta dos particulares vem amparado em construção doutrinária e jurisprudencial frente ao reconhecimento da existência de relações manifestamente desiguais “que se estabelecem entre indivíduos e os detentores de poder social” por se tratar de situações onde a iniludível desigualdade lembra uma típica relação entre particular e Estado³⁸³.

O problema já foi enfrentado pelo Supremo Tribunal Federal e a solução deu-se exatamente nesta linha, sendo a mais recente manifestação aquela consubstanciada no voto-vista proferido pelo Ministro Gilmar Ferreira Mendes que abriu divergência no julgamento do recurso extraordinário 201.819-8/RJ, em que litigam União Brasileira de Compositores – UBC e Arthur Rodrigues Villarinho³⁸⁴.

³⁸² GEDIEL, José Antônio Peres. A irrenunciabilidade a direitos da personalidade pelo trabalhador. In.: In.: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). Constituição, direitos fundamentais e direito privado. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003. p. 149-164.

³⁸³ SARLET, Ingo Wolfgang. A eficácia dos direitos fundamentais. 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004. p. 367-8. Em palavras de Konrad Hesse: “os direitos fundamentais influenciam as prescrições jurídico-privadas tanto mais eficazmente quanto mais se trata da proteção da liberdade pessoal contra o exercício de *poder econômico e social*”. (Elementos de direito constitucional da República Federal da Alemanha. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1998. p. 286).

³⁸⁴ A íntegra do voto do Ministro Gilmar Ferreira Mendes será apresentada em anexo e está disponível em: <<http://conjur.uol.com.br/textos/251906/>>. Acesso em 11 de janeiro de 2005.

Trata-se de disputa em que Arthur Rodrigues Villarinho foi excluído do quadro de sócios da União Brasileira de Compositores sem que se lhe desse a oportunidade de exercer o contraditório e a plena defesa em procedimento administrativo que visava apurar possíveis infrações estatutárias daquele.

O voto da relatora, Ministra Ellen Gracie, no que nos interessa foi vazado nos seguintes termos:

[...] A controvérsia envolvendo a exclusão de um sócio de entidade privada resolve-se a partir das regras do estatuto social e da legislação civil em vigor. Não tem, portanto, o aporte constitucional atribuído pela instância de origem, sendo totalmente descabida a invocação do disposto no art. 5º, LV da Constituição para agasalhar a pretensão do recorrido de reingressar nos quadros da UBC. [...]

E o voto divergente trouxe este conteúdo:

[...] É importante notar - assim o advertem a doutrina e a jurisprudência espanholas - que nem toda pretensão decorrente de relação estatutária, surgida no interior de uma entidade privada, pode ser alçada à hierarquia de questão constitucional. Nem toda disputa em torno do estatuto associativo pode ser vista, primariamente, como controvérsia própria do direito fundamental de associação, o que produz óbvia repercussão sobre a competência da justiça constitucional. Casos, no entanto, de desprezo à garantia de defesa do expulso - defesa que há de abranger a notificação das imputações feitas e o direito a ser ouvido - tendem a ser inseridos na lista dos temas de índole constitucional, em que se admite, ademais, a eficácia dos direitos fundamentais no âmbito das associações particulares.

O direito de defesa ampla assoma-se como meio indispensável para se prevenir situações de arbítrio, que subverteriam a própria liberdade de se associar." (BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Associações, Expulsão de Sócios e Direitos Fundamentais*, Direito Público v. 1, nº 2 (out. /dez. 2003) Porto Alegre: Síntese; Brasília: Instituto Brasiliense de Direito Público, 2003, pp. 172-173). [...]

[...] Estando convencido, portanto, de que as particularidades do caso concreto legitimam a aplicabilidade dos direitos fundamentais referidos já pelo caráter público - ainda que não estatal - desempenhado pela entidade, peço vênia para divergir, parcialmente, da tese apresentada pela Eminente Relatora. Voto, portanto, pelo conhecimento do recurso e, no mérito, pelo seu desprovimento. [...]

No caso dos direitos sociais, a vinculação decorre das propriedades inerentes às regras em que se compõem parte das normas de direitos fundamentais e que permitem a direta aplicação e realização do direito.

Porém, quanto à vinculação direta defendida no voto divergente acima referido, discorda-se, pois a vinculação é mediata, no sentido de que só pode ser reconhecida pela intervenção do Poder Judiciário que faz, pela criação hermenêutica, uma transmutação lógica na norma de direito fundamental adicionando-lhe o caráter de tudo ou nada que *prima facie* está desprovida³⁸⁵, o

³⁸⁵ Esta transmutação lógica está suficientemente explicada na "lei de colisão" proposta por Robert Alexy (Cf. 2.2.6.2. acima), onde o acréscimo de certas condições a um princípio permite que ele se apresente como uma regra dotada de seus elementos fundamentais, ao qual o autor denomina norma adstrita. "Una norma jurídica adscripta es una norma para cuya adscripción es posible una fundamentación iusfundamental correcta. Si para la norma que se acaba de presentar es posible una fundamentación iusfundamental correcta - algo que aquí se presupondrá - entonces es una norma de derecho fundamental. Al mismo tiempo es una regla bajo la cual el estado de cosas sometido a decisión puede ser subsumido al igual que si fuera una norma legislada" (Teoría de los derechos fundamentales. 3ª reimp. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002. p. 94, 97-8).

que descaracteriza a vinculação direta defendida por segmentos importantes da doutrina.

Conclui-se, assim, que só é possível a vinculação dos particulares aos direitos fundamentais nos casos em que a norma de direito fundamental se apresenta como regra. Em outros casos, carece sempre de uma intervenção para a sua aplicação.

4.5.1. Cláusulas gerais como fator de realização de direitos fundamentais

Ressalvado os casos especiais em que se não pode desprezar a vinculação direta dos particulares aos direitos fundamentais, sob o risco de negar estes mesmos direitos e que só podem ser identificados na atuação do intérprete frente a uma situação dada, o sistema oferece mecanismos adequados para fazer incidir nos casos em que se apresenta necessário o influxo destes direitos e garantias fundamentais.

O mais potente e eficaz mecanismo de realização dos direitos fundamentais é o exercício da autonomia privada pelos particulares, nos termos em que, acima, defendeu-se a realização do direito pelos particulares, na medida em que, ao manifestar livremente a vontade, a pessoa cria o direito concreto.

Porém, no curso das situações jurídicas privadas, em vários momentos ou a declaração de vontade mostra-se viciada, ou qualquer outro fenômeno impede que se cumpra satisfatoriamente a obrigação assumida, ou, em outros casos, uma dada situação interfere com pessoas alheias ao fenômeno. Nestes casos, o fenômeno jurídico mostra-se incapaz de realizar plenamente o direito gerando instabilidade no meio social.

Mobiliza-se, então, o Estado o qual faz aplicar o Direito. Não mais como “a boca da lei”, porém, como realizador de um direito justo. “Disso

decorre uma necessária reflexão sobre os procedimentos adequados à determinação do direito que, partindo da fundamental diferença entre a *aplicação* e a *realização* do direito, proceda a uma renovação metodológica que estabeleça novos procedimentos para a obtenção do direito correto”³⁸⁶. (grifos originais)

Tal constatação reforça a importância da utilização de novos mecanismos de interpretação para dar a cada enunciado normativo a valoração mais apropriada a cada caso concreto.

Um dos efeitos desta nova metodologia está relacionado com a superação da oposição entre a hermenêutica jurídica e a teoria analítica originada no pensamento anglo-saxão. Esta trabalhando com a idéia de um sistema axiomático, fechado, que objetiva “produzir enunciados evidentes sobre o direito” utilizando de análises lógico-lingüísticas. Aquela objetivando demonstrar que o direito é um “processo criativo, construtivo e concretizador da norma aplicável” a cada situação nova apresentada ao direito. A superação desdobra-se num processo de íntima colaboração, de onde resulta que “o direito existente não depende, na sua integralidade, de um poder legiferante, mas é conformado pela vida, pela prática de sua aplicação. Não deve considerar-se como objeto previamente dado e construído, mas um processo de construção permanente”³⁸⁷.

O instrumento apropriado para que se possa exercitar o processo permanente de criação do direito é dado pelo próprio legislador pela utilização das cláusulas gerais.

A possibilidade de aplicação dos direitos fundamentais por meio das cláusulas gerais foi levantada na Alemanha por G. Dürig e pelo Tribunal Constitucional, conforme noticia Robert Alexy, para quem “en tanto *principios objetivos* [os direitos fundamentais] influyen en la interpretación del

³⁸⁶ AMARAL, Francisco. Direito Civil. Introdução. 5ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 49.

³⁸⁷ *Ibidem*. p. 49.

derecho privado. Esta influencia se llevaría a cabo, sobre todo, en la concreción de las cláusulas generales del derecho privado”³⁸⁸

Num primeiro aspecto, afirma-se com Carlos Alberto da Mota Pinto que:

O reconhecimento e tutela [dos] direitos fundamentais e princípios valorativos constitucionais no domínio das relações de direito privado processa-se mediante os meios de proteção próprios deste ramo de direito, v. g., nulidade, por ser contra a ordem pública (art. 280 do Cód. Civil), da convenção ou cláusula que viola um desses direitos e *direito de indenização* por violação de um direito de personalidade (art. 70º e segs. do Cód. Civil)³⁸⁹. (grifos originais)

Num segundo momento, para além dos casos excepcionais no capítulo anterior ressaltados, a vinculação indireta pode se dar: ou através de normas que reproduzem o texto das normas de direito fundamental, a exemplo do já mencionado art. 186, do Código Civil e o artigo 5º, inciso X, da Constituição Federal, no que respeita aos danos morais; ou através de cláusulas gerais, “cujo conteúdo [pode] ser preenchido com os valores constitucionalmente consagrados”³⁹⁰.

O Código Civil vigente foi construído como um sistema aberto “em virtude da linguagem que emprega, permitindo a constante incorporação –

³⁸⁸ Teoría de los derechos fundamentales. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002. p. 512. A obra de G. Gurig não foi consultada, mas de seu posicionamento teve-se notícia através de vários dos textos consultados e referenciados nesta dissertação. A posição do Tribunal Constitucional alemão foi abordada acima.

³⁸⁹ Teoria geral do Direito Civil. 3ª ed. Coimbra: Coimbra Editora. 1992. O código Civil brasileiro tem previsões equivalentes nos artigos 2.035, parágrafo único e art. 12, respectivamente. Robert Alexy adverte que: “el juez civil está sujeto *prima facie* al derecho civil vigente” (Teoría de los derechos fundamentales. 3ª reimp. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002. p. 523).

³⁹⁰ MOTA PINTO, Carlos Alberto da. Teoria geral do Direito Civil. Coimbra: Coimbra Editora. 1992. p. 74.

e solução – de novos problemas”³⁹¹. Esta abertura decorre da opção do legislador pela utilização de cláusulas gerais, as quais conferem funcionalidade ao ordenamento jurídico, permitindo que a sociedade em constante transformação tenha no direito a segurança necessária para “enfrentar situações cambiantes”³⁹².

Como se afirmou acima, uma das possibilidades das cláusulas gerais é permitir a abertura e a mobilidade do sistema jurídico, promovendo o reenvio do intérprete a pautas de valoração presentes no sistema, ou fora dele. Em palavras de Judith Martins-Costa, as cláusulas gerais permitem conexões de caráter sistemático, que “viabilizam uma incessante comunicação e complementaridade intertextual entre o Código e os Direitos Fundamentais”³⁹³.

Tem-se, assim, que o reenvio aos direitos fundamentais para a solução de um problema dado, surgido de uma situação jurídica privada, ocorre somente na impossibilidade de se realizar o direito com os instrumentos que o Código Civil põe a disposição do intérprete. Como afirmado anteriormente, muitos dos princípios que foram alçados ao *status* de direitos fundamentais têm suas origens no Direito Privado.

Deste modo, a realização dos direitos fundamentais nas relações privadas se dá em três níveis distintos e complementares: pelo exercício da autonomia privada; pela interpretação e submissão aos efeitos das normas de direitos fundamentais; e pela solução dos problemas decorrentes das situações jurídicas privadas, chegando-se às normas de decisão aplicando-se as regras de hermenêutica e as cláusulas gerais.

³⁹¹ MARTINS-COSTA, Judith Hofmeister. O Novo Código Civil Brasileiro: em busca da “ética da situação”. In: MARTINS-COSTA, Judith (Org.). A reconstrução do direito privado. São Paulo: RT, 2002. p. 117.

³⁹² JORGE JUNIOR, Alberto Gosson. Cláusulas gerais no novo Código Civil. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 12-3. Para maiores esclarecimentos sobre a abertura do sistema e das cláusulas gerais, veja-se o capítulo 4.3.1.2 acima.

³⁹³ MARTINS-COSTA, Judith Hofmeister. Os direitos fundamentais e a opção culturalista do novo Código Civil. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). Constituição, direitos fundamentais e direito privado. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003. p. 77-8. Neste trabalho a autora refere a existência de três ordens de conexões que são possíveis pela atuação das cláusulas gerais: intra-sistemáticas, inter-sistemáticas e extra-sistemáticas.

5. Conclusões

O “é” e o “deve” não estão sempre tão completamente separados como pareciam.

Thomas Samuel Kuhn

1. Os direitos fundamentais constituem um sistema jurídico autônomo dentro do ordenamento jurídico;
2. A autonomia do sistema de direitos fundamentais confere-lhe uma dogmática própria;
3. Os direitos fundamentais se expressam em sentido subjetivo e em sentido objetivo. No primeiro caso são típicos direitos subjetivos e no segundo se equiparam aos direitos objetivos, porém, especialmente qualificados por representarem os valores objetivamente reconhecidos pelo ordenamento jurídico;
4. As normas de direitos fundamentais podem se apresentar como regras ou como princípios; como norma-regra, as normas de direito fundamental se submetem às regras de eliminação de antinomias que se aplicam ao ordenamento; como norma-princípio, as normas que apresentam algum grau de colisão são integradas pela lei de colisão fundada na proporcionalidade;
5. A aplicabilidade e a efetividade das normas de direito estão logicamente localizadas em momentos diversos da realização do direito;
6. A aplicabilidade da norma diz com o seu nascimento, vigência e eficácia, enquanto que a efetividade diz com a realização do direito; a aplicabilidade é fenômeno abstrato da norma; a efetividade, a mutação que a tira do abstrato e realiza o direito;

7. As normas que traduzem direitos fundamentais, assim como qualquer norma jurídica tem eficácia plena e imediata, aplicando-se desde já a qualquer fenômeno jurídico sobre o qual possa fazer incidir seus efeitos, porém, a realização ocorre imediatamente ou mediadamente em função da carga de normatividade e do caso concreto;
8. A realização dos direitos fundamentais pode se dar em três diferentes momentos: pelo exercício da autonomia privada; pela interpretação e submissão aos efeitos da norma; pela incidência da norma de decisão;
9. Os direitos fundamentais vinculam direta e imediatamente os entes públicos;
10. Os direitos fundamentais vinculam, em regra, indireta e mediadamente os particulares em suas situações jurídicas privadas; direta e imediatamente quando o direito fundamental vem prescrito em uma norma-regra;
11. O Código Civil é o eixo central do sistema de Direito Privado, e tem na pessoa humana o seu fundamento e fim;
12. Nas situações jurídicas privadas os problemas que demandem ofensa a direitos fundamentais devem ter soluções encontradas dentro do próprio sistema, reenviando-se o intérprete aos princípios gerais do Direito Privado;
13. As cláusulas gerais permitem solucionar o maior número possível de problemas pela mobilidade e abertura que conferem ao sistema de Direito Privado, prestando-se a permitir o influxo de princípios externos ao sistema;

Referências bibliográficas

- ABBAGNANO, Nicola. **Dicionário de filosofia**. 4ª ed, tradução da 1ª edição brasileira coordenada e revista por Alfredo Bosi, revisão da tradução e tradução de novos textos Ivone Castilho Benedetti São Paulo: Martins Fontes, 2000. 1014 p.
- ALBUQUERQUE, Ronaldo Gatti de. *Constituição e codificação: dinâmica atual do binômio*. In: MARTINS-COSTA, Judith (Org.). **A reconstrução do Direito Privado**. São Paulo: RT, 2002. p. 72-86.
- ALEXY, Robert. *Colisão de direitos fundamentais e realização de direitos fundamentais no estado de direito democrático*. **Revista de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro. n.217. p.67-79. jul./set. 1999.
- _____. **Teoría de los derechos fundamentales**. 3ª reimp. Tradução de Ernesto Garzón Valdés. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002. 607p.
- AMARAL, Francisco. **Direito Civil: introdução**. 5ª ed. rev., atual., e aum. Rio de Janeiro: Renovar. xxix. 659 p.
- _____. *O Direito Civil na pós-modernidade*. In.: FIUZA, César *et alli*. (Coords.). **Direito Civil: atualidades**. Belo Horizonte: Del Rey, 2003. p 61-77.
- AMARAL JÚNIOR, José Levi Mello do. *Constituição e codificação: primórdios do binômio*. In: MARTINS-COSTA, Judith (Org.). **A reconstrução do Direito Privado**. São Paulo: RT, 2002. p. 54-71.
- ANDRADE, José Carlos Vieira de. **Os direitos fundamentais na Constituição portuguesa de 1976**. Coimbra: Almedina, 1998. 350 p.
- ARISTÓTELES. **Ética a Nicômaco**. 3ª ed. Tradução de Maria da Gama Kury, Brasília: UNB, 1999. 238 p.
- BARACHO, José Alfredo de Oliveira. *Direitos e garantias fundamentais (parte geral). Direitos invioláveis. Teoria geral dos direitos*. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais**. v.33, n.33, p.275-318, 1991.
- BARROS, José Manoel de Aguiar. *A luta pelo direito: eficácia social e efetividade*. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 91, n. 804, p. 453-60, out. 2002.
- BARROSO, Luis Roberto. *A efetividade das normas constitucionais revisitada*. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, n. 197, p. 30-60, jul./set. 1994.

- BARROSO, Luís Roberto. *Eficácia e efetividade do direito à liberdade*. In.: **Temas de Direito Constitucional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p. 75-95.
- BETTI, Emilio. **Teoria geral do negócio jurídico**, tomo I. Tradução e anotação de Ricardo Rodrigues Gama. Campinas: LZN editora, 2003. 300 p.
- BEVILÁQUA, Clovis. *A Constituição e o Código Civil*. **Revista de Direito Privado**: Memória do Direito Privado, São Paulo, v. 9, p. 245-250, 2002.
- BITTENCOURT, Carlos Alberto Lúcio. **O Controle Jurisdicional da Constitucionalidade das Leis**. Atualizado por José Aguiar Dias. Apresentação de Nelson A. Jobim. Introdução de Inocêncio Mártires Coelho. Brasília: Ministério da Justiça, 1997. 164 p.
- BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. 19ª tiragem, tradução: Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1992. 217 p.
- _____. **Teoria da norma jurídica**. tradução de Fernando Pavan Baptista e Ariani Bueno Sudatti, apresentação de Alaôr Caffé Alves. Bauru: Edipro. 2001. 192 p.
- _____. **Teoria do ordenamento jurídico**. 10ª ed., tradução de Maria Celeste Cordeiro Leite dos Santos, apresentação de Tercio Sampaio Ferraz Júnior. Brasília: UNB, 1999. 184 p.
- _____, *et. alli*. **Dicionário de política**. vol. 2. 12ª ed. Brasília: UNB, São Paulo: IMESP, 2002. p.
- BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 14ª ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros. 2004. 806 p.
- BRASIL. **Código Civil**. São Paulo: AASP, 2003. 216 p.
- BRASIL. **Constituição Federal**. 4ª ed. Organizadores: Emilio Sabatovski e Iara Fontoura. Curitiba: Juruá, 2003. 177 p.
- CAETANO, Marcello *et al.* **Estudos de Direito Civil brasileiro e português**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1980. 125 p.
- CALGARO, Gerson Amauri. *Patrimônio genético: Comércio e proteção de substâncias do corpo humano*. **Revista de Direito Privado**, São Paulo, a. 4, n. 16, p. 97-114, out./dez. 2003.
- CANARIS, Claus-Wilhelm. **Direitos fundamentais e Direito Privado**. Tradução de Ingo Wolfgang Sarlet e Paulo Mota Pinto. Coimbra: Almedina. 2003. 165 p.
- _____. **Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito**. Introdução e tradução de António Manuel da Rocha e Menezes Cordeiro. 2ª ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1996. cxiv. 311 p.

- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Civilização do Direito Constitucional ou constitucionalização do Direito Civil? A eficácia dos direitos fundamentais na ordem jurídico-civil no contexto do direito pós-moderno*. In.: Grau, Eros Roberto e Guerra Filho, Willis Santiago (Orgs.). **Direito Constitucional: estudos em homenagem a Paulo Bonavides**. São Paulo: Malheiros, 2001. p. 108-115.
- _____. **Direito Constitucional**. 5ª ed. Coimbra: Almedina, 1991. 1214 p.
- _____. **Direito Constitucional e teoria da Constituição**. 2ª ed. Coimbra: Almedina, 1998. 1352 p.
- _____. *Dogmática de direitos fundamentais e Direito Privado*. In.: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). **Constituição, direitos fundamentais e Direito Privado**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003. p. 339-357.
- CAPPELLETTI, Mauro. **O controle judicial de constitucionalidade das leis no direito comparado**. 2ª ed. Tradução de Aroldo Plínio Gonçalves, revisão de José Carlos Barbosa Moreira, Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1999. 142 p.
- CARNELUTTI, Francesco. **Teoria geral do direito**. Tradução de Antônio Carlos Ferreira. São Paulo: Lejus, xv. 1999. 546p.
- CASTRO, Torquato de. **Teoria da situação jurídica em Direito Privado nacional: estrutura, causa e título legitimário do sujeito**, São Paulo: Saraiva, 1985. 185 p.
- COLE, Charles D. *Interpretação Constitucional: Dois Séculos de Reflexão*. **Revista de Direito Público**. Tradução de Rui Cascaldi. São Paulo, a. 22, nº 90, p. 21-49. abr./jun. 1989 .
- COUTO e SILVA, Clovis Veríssimo do. *O Direito Civil Brasileiro em perspectiva histórica e visão de futuro*. **Ajuris: Revista da Associação dos Juizes do Rio Grande do Sul**. Porto Alegre, a. XXIV, v. 40, p. 128-149, jul. 1987
- _____. *O principio da boa fé no direito brasileiro e português*. In.: CAETANO, Marcello *et al.* **Estudos de Direito Civil brasileiro e português**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1980. p. 43-72.
- CUNHA FERRAZ, Anna Candida da. *Apontamentos sob o controle de constitucionalidade*. **Revista da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo**, São Paulo, nº 34, p. 27-44, dez. 1990.
- DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de teoria geral do Estado**. 19ª ed., atualizada. São Paulo: Saraiva, 1995. ix. 260 p.
- DAVID, René. **Os grandes sistemas do direito contemporâneo**. 3ª ed., tradução de Hermínio A. Carvalho, São Paulo: Martins Fontes, 1996. 556 p.

- DÍEZ-PICAZO, Luis; GULLÓN, Antonio. **Sistema de Derecho Civil**, vol I. 10ª ed. Madrid: Tecnos, 2001. 611 p.
- DINAMARCO, Cândido Rangel. **A instrumentalidade do processo**. 4ª ed. São Paulo: Malheiros, 1994. 341 p.
- DINIZ, Maria Helena. **Lei de Introdução ao Código Civil brasileiro interpretada**. 5ª ed. atualizada. São Paulo: Saraiva, 1999. xviii. 440 p.
- DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. Tradução e notas de Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002. xxi. 568p.
- _____. **Taking rights seriously**. Cambridge: Harvard University, 1999. xv. 371p.
- ECO, Humberto. **Como se faz uma tese**. 18ª ed. 1ª reimpressão. Tradução de Gilson César Cardoso de Souza, Coleção Estudos. São Paulo: Perspectiva, 2003. xv. 170 p.
- ENGLISH, Karl. **Introdução ao pensamento jurídico**. 7ª ed. Tradução: J. Baptista Machado. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1996. 393 p.
- FACHIN, Luiz Edson. **Estatuto jurídico do patrimônio mínimo**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. xii. 348 p.
- _____. e RUZYK, Carlos Eduardo Pianovski. *Direitos fundamentais, dignidade da pessoa humana e o novo Código Civil: uma análise crítica*. In.: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). **Constituição, direitos fundamentais e Direito Privado**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003. p. 87-104
- FACCHINI NETO, Eugênio. *Reflexões histórico-evolutivas sobre a constitucionalização do Direito Privado*. In.: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). **Constituição, direitos fundamentais e Direito Privado**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003. p. 11-60.
- FARIA, José Eduardo. **Poder e Legitimidade: uma introdução à política do direito**, São Paulo: Perspectiva, 1978. 130 p.
- FERRARA, Franceso. **Interpretação e aplicação das leis**. 2ª ed. Traduzido e prefaciado por Manuel A. D. de Andrade. São Paulo: Saraiva, 1940. cvi. 114 p.
- FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. **A ciência do direito**. 2ª ed. São Paulo: Atlas, 1980. 111p.
- _____. Prefácio à tradução brasileira. In.: VIEHWEG, Theodor. **Tópica e Jurisprudência**. Tradução de Tércio Sampaio Ferraz Junior. Brasília: Departamento de Imprensa Nacional, 1979. 153 p.
- FIUZA, César *et alli*. (Coords.). **Direito Civil: atualidades**. Belo Horizonte: Del Rey, 2003. xi. 331 p.

- GALUPPO, Marcelo Campos. *O que são direitos fundamentais?* In.: SAMPAIO, José Adercio Leite (Org.) **Jurisdição constitucional e direitos fundamentais**, Belo Horizonte: Del Rey, 2003. p. 213-238
- GEDIEL, José Antônio Peres. *A irrenunciabilidade a direitos da personalidade pelo trabalhador*. In.: In.: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). **Constituição, direitos fundamentais e Direito Privado**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003. p. 149-164.
- GRAU, Eros Roberto. **Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito**. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 2003. 240p.
- _____. **O Direito posto e o direito pressuposto**. 4ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2002. 279 p.
- _____. e GUERRA FILHO, Willis Santiago. (Orgs.) **Direito Constitucional. estudos em homenagem a Paulo Bonavides**. São Paulo: Malheiros, 2001. 557 p.
- GUERRA FILHO, Willis Santiago. *Direito das obrigações e direitos fundamentais: Sobre a projeção do principio da proporcionalidade no Direito Privado*. **Revista Latino-Americana de Estudos Constitucionais**, Belo Horizonte, n.1, p.533-42, jan./jun. 2003.
- _____. *Direitos fundamentais: teoria e realidade normativa*. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v.84, n.713, p.45-52. mar. 1995.
- _____. **Processo constitucional e direitos fundamentais**. 2ª ed. rev. e amp. São Paulo: Celso Bastos Editor, 2001. 174 p.
- GUSMÃO, Paulo Dourado de. **Introdução ao estudo do direito**. 19ª ed. revista. Rio de Janeiro: Forense, 1996. xvii. 476 p.
- HECK, Luis Afonso. *Direito fundamentais e sua influência no Direito Civil*. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo, n.29, p.40-54, jan./mar. 1999.
- HEGEL, Georg Wilhelm Friedridch. **Princípios da filosofia do direito**. Tradução de Orlando Vitorino. São Paulo: Martins Fontes, 1997. xl. 329 p.
- HESSE, Konrad. **Derecho Constitucional y Derecho Privado**. Tradução e introdução de Ignacio Gutiérrez-Gutiérrez. Madrid: Editorial Civitas. 1995. 88 p.
- _____. **Elementos de Direito Constitucional da República Federal da Alemanha**. Tradução da 20ª edição alemã por Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor. 1998. 576 p.

- IRTI, Natalino. **Introducción al estudio del Derecho Privado**. Tradução de Rómulo Morales Hervias y Leysser L. León e apresentação de Marcial Rubio Correa. Lima: Grijley. 2003. 259 p.
- JHERING, Rudof von. **A finalidade do direito**, tomo I, Campinas: Bookseller, 2002. p.
- JORGE JUNIOR, Alberto Gosson. **Cláusulas gerais no novo Código Civil**. Coleção Prof. Agostinho Alvim, coord. Renan Lotufo. São Paulo: Saraiva, 2004. xviii. 132 p.
- KELSEN, Hans. **A Justiça e o direito natural**. 2ª ed. Coimbra: Armênio Amado Editor, 1979. p.
- _____. **Teoria pura do direito**. 4ª ed. 1ª reimpressão. Tradução de João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 1995. xviii. 427 p.
- LALANDE, André. **Vocabulário técnico e crítico da filosofia**. 3ª ed. tradução coletiva. São Paulo: Martins Fontes, 1999. xxiv. 1336 p.
- LARENZ, Karl. **Derecho civil: parte general**. Traducción y notas de Miguel Izquierdo y Macías-Picavea, Madrid: EDERSA: Revista de Derecho Privado, 1978. 871p.
- _____. **Metodologia da ciência do direito**. 3ªed. Tradução: José Lamego. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997. xxii. 727 p.
- LORENZETTI, Ricardo Luis. **Fundamentos do Direito Privado**. Tradução de: Vera Maria Jacob de Fradera. São Paulo: RT. 1988. 613 p.
- MACHADO, Antonio Claudio da Costa. *Direito e processo, processo e efetividade*. **Revista do Mestrado em Direito do UNIFIEO**, Osasco, a. 3, nº 1, p. 55-66, 2003.
- MARQUES, Cláudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor**. 3ª ed. revista, atualizada e ampliada. Biblioteca de Direito do Consumidor, vol 1. São Paulo: RT, 1998. 668 p.
- MARTINS NETO, João dos Passos. **Direitos fundamentais: conceito, função e tipos**. São Paulo: RT. 2003. 208 p.
- MARTINS-COSTA, Judith Hofmeister. **A boa-fé no Direito Privado: sistema e tópica no processo obrigacional**. São Paulo: RT. 1999. 544 p.
- _____. (Org.). **A reconstrução do Direito Privado**. São Paulo: RT, 2002. 861 p.
- _____. *As cláusulas gerais como fatores de mobilidade do sistema jurídico*. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, a. 28, n. 112, p. 13-32, out./dez. 1991.

MARTINS-COSTA, Judith Hofmeister. *O Direito Privado como um 'sistema em construção': as cláusulas gerais no projeto de Código Civil Brasileiro*. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, a. 35, n. 139, p. 5-22, jul./set. 1998.

_____. *O Novo Código Civil Brasileiro: em busca da "ética da situação"*. In: MARTINS-COSTA, Judith (Org.). **A reconstrução do Direito Privado**. São Paulo: RT, 2002. p. 87-168.

_____. *Os direitos fundamentais e a opção culturalista do novo Código Civil*. In.: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). **Constituição, direitos fundamentais e Direito Privado**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003. p. 61-85.

MAXIMILIANO, Carlos. **Hermenêutica e aplicação do direito**. 9ª ed. , 3ª tiragem. Rio de Janeiro: Forense, 1984. xiv. 426 p.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. 25ª ed. Atualizado por: Eurico de Andrade Azevedo, Délcio Balestero Aleixo e José Emmanuel Burle Filho. São Paulo: Malheiros, 2000. 765 P.

MENDES, Gilmar Ferreira. *Direitos fundamentais: eficácia das garantias constitucionais nas relações privadas - análise da jurisprudência da Corte Constitucional alemã*. **Revista dos Tribunais: Cadernos de Direito Tributário e Finanças Públicas**, São Paulo, a.6, n.24, p.48-59, jul./set. 1998.

_____. **Jurisdição Constitucional: O Controle de Normas no Brasil e na Alemanha**. São Paulo: Saraiva, 1996. 327 p.

_____. *Os direitos fundamentais e seus múltiplos significados na ordem constitucional*. **IOB - Repertório de Jurisprudência: Tributário, Constitucional e Administrativo**, São Paulo, n.9, p.337-333, 1º quinzena de maio, 2002.

MENEZES CORDEIRO, António Manuel da Rocha e. **A boa fé no Direito Civil**. 2ª reimpressão. Coimbra: Almedina, 2001. 1406 p.

_____. *Introdução à edição portuguesa*. In. CANARIS, Claus-Wilhelm. **Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito**. 2ª ed. Lisboa. Calouste Gulbenkian, 1996. p. ix – cxiv.

MIRANDA, Jorge. *Direitos fundamentais na ordem constitucional portuguesa*. **Revista de Direito Publico**, v.20, n.82, p.5-27, abr./jun. 1987.

_____. **Manual de Direito Constitucional**. Tomo II. 3ª ed. reimp. Coimbra: Coimbra Editora, 1996. 546 p.

_____. **Manual de Direito Constitucional**. Tomo IV. 2ª ed. Revista e actualizada. Coimbra: Coimbra Editora, 1993. 485 p.

- MONTEIRO, Washington de Barros. **Direito Civil: parte geral**. 31ª ed. São Paulo: Saraiva, 1993. vii. 323 p.
- MORAES, Maria Celina Bodin de. **Danos à pessoa humana: uma leitura civil-constitucional dos danos morais**. Rio de Janeiro: Renovar. 2003. xviii. 356.
- _____. *O conceito de dignidade humana: substrato axiológico e conteúdo normativo*. In.: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). **Constituição, direitos fundamentais e Direito Privado**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003. p. 105-147.
- MOTA PINTO, Carlos Alberto da. **Teoria geral do Direito Civil**. 3ª ed. atualizada. 7ª reimpressão. Coimbra: Coimbra Editora. 1992. 661 p.
- NERY JUNIOR, Nelson. **Princípios do processo civil na Constituição Federal**. 5ª ed. Revista, ampliada e atualizada, São Paulo: RT, 1999. 245 p.
- _____. e NERY, Rosa Maria Barreto Borriello de Andrade. **Novo Código Civil e Legislação Extravagante Anotados**. São Paulo: RT, 2002. xcii. 1759 p.
- NERY, Rosa Maria Barreto Borriello de Andrade. **Noções Preliminares de Direito Civil**. São Paulo: RT, 2002. 261 p.
- _____. *Preservação do direito ao domicílio*. In: VIANA, Rui Geraldo Camargo e NERY, Rosa Maria Barreto Borriello de Andrade. **Temas atuais de Direito Civil na Constituição Federal**. São Paulo: RT, 2000. p. 53-67.
- _____. **Vínculo obrigacional: relação jurídica de razão** (técnica e ciência de proporção) (uma análise histórica e cultural). Tese de Livre-Docência. São Paulo, 2004. 334 p.
- NUNES, Luiz Antonio Rizzatto. **Manual de monografia jurídica**. 4ª ed., revista, ampliada e atualizada. São Paulo: Saraiva, 2002. xxiv. 234 p.
- OERTMANN, Paul. **Introducción al Derecho Civil**. Traducción de la 3ª edición alemana por Luis Sancho Seral. Barcelona: Editorial Labor, 1933, 387 p.
- PASQUARELLI, Maria Luiza Rigo. **Normas para a apresentação de trabalhos acadêmicos** (ABNT/NBR – 14724, agosto 2002). Osasco: [UNIFIEO], 2002. 59 p.
- PEDROSO, Antonio Carlos de Campos. **Normas jurídicas individualizadas: teoria e aplicação**. São Paulo: Saraiva, 1993. ix. 204 p.
- PÉREZ LUÑO, Antón Enrique. **Derechos fundamentales**. 7 ed. Madrid: Tecnos, 1998. 231 p.
- PERLINGIERI, Pietro. **Perfis do Direito Civil: Introdução ao direito civil constitucional**. Rio de Janeiro: Renovar, 1999. x. 359 p.

- PREDIGER, Carin. *A noção de sistema no Direito Privado e o Código Civil como eixo central*. In: MARTINS-COSTA, Judith (Org.). **A reconstrução do Direito Privado**. São Paulo: RT, 2002. p. 145-173;
- RÁO, Vicente. **O direito e a vida dos direitos**. 5ª ed. anotada e atualizada por Ovídio Rocha Barros Sandoval. São Paulo: RT, 1999. 981 p.
- REALE, Miguel. **Fontes e modelos do direito**. Para um novo paradigma hermenêutico. 3ª tiragem. São Paulo: Saraiva, 2002. p.
- _____. **Fundamentos do direito**. 3ª ed., *fac simile* da 2ª edição revista. São Paulo: RT, 1998. lvi. 323 p.
- _____. **Lições preliminares de direito**. 19ª ed. revista. São Paulo: Saraiva, 1991. xvii. 381 p.
- _____. *Visão geral do projeto de Código Civil*. **Cidadania e Justiça**, Rio de Janeiro, a.5, n.10, p.61-73, jan./jun. 2001.
- ROBERTO, Giordano Bruno Soares. *Teoria do método jurídico: a contribuição de Theodor Wieweg*. In.: FIUZA, César et alli. (Coords.). **Direito Civil: atualidades**. Belo Horizonte: Del Rey, 2003. xi. p. 79-92.
- RODRIGUES, Silvio. **Direito Civil: Direito de família**, vol. 6. 24ª ed. São Paulo: Saraiva, 1999. xx. 416 p.
- ROSS, Alf. **Direito e Justiça**, tradução de Edson Bini. Bauru: EDIPRO, 2000. 432 p.
- SAMPAIO, José Adercio Leite (Org.). **Jurisdição constitucional e direitos fundamentais**. Belo Horizonte: Del Rey, 2003. 537 p.
- SANTAELLA, Lucia. **A teoria dos signos**. Como as linguagens significam coisas. São Paulo: Pioneira, 2000. xi. 153 p.
- SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 4. ed. rev., atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004. 453 p.
- _____. (Org.). **Constituição, direitos fundamentais e Direito Privado**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003. p. 357 p.
- SARMENTO, Daniel. *A dimensão objetiva dos direitos fundamentais: fragmentos de uma teoria*. In.: SAMPAIO, José Adercio Leite (Org.). **Jurisdição constitucional e direitos fundamentais**. Belo Horizonte: Del Rey, 2003. p. 251-314.
- SCHNEIDER, Hans-Peter. *Carattere e funzione dei diritti fondamentali nello stato costituzionale democratico*. In.: PEGORARO, Lucio e REPOSO, Antonio (raccolte). **Lecture introduttive al diritto pubblico italiano e comparato**. Verona: CEDAM, 1995. p. 243-269.

- SILVA, José Afonso. **Aplicabilidade das normas constitucionais**. 3ª ed. revista, ampliada e atualizada. São Paulo: Malheiros, 1998. 270 p.
- _____. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 13ª ed. São Paulo: Malheiros, 1997. 816 p.
- TEIXEIRA, José Horácio Meirelles. **Curso de Direito Constitucional**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1991. xxii. 785 p.
- VERDÚ, Pablo Lucas. *Los derechos humanos como "religión civil". Derechos humanos y concepción del mundo y de la vida. Sus desafíos presentes*. In.: Grau, Eros Roberto e Guerra Filho, Willis Santiago (Orgs.). **Direito Constitucional: estudos em homenagem a Paulo Bonavides**. São Paulo: Malheiros, 2001. p. 516-539.
- VIANA, Rui Geraldo Camargo e NERY, Rosa Maria Barreto Borriello de Andrade. **Temas atuais de Direito Civil na Constituição Federal**. São Paulo: RT, 2000. 327 p.
- WALDMAN, Ricardo Libel. *A teoria dos princípios de Ronald Dworkin*. **Direito & Justiça**, a. XXIV, v. 25, n. 1, p. 119-145, 2002.
- WIECKER, Franz. **História do Direito Privado moderno**. 2ª ed. Tradução: A. M. Botelho Hespanha. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1993. xv. 768 p.
- VIEHWEG, Theodor. **Tópica e Jurisprudência**. Tradução de Tércio Sampaio Ferraz Junior. Brasília: Departamento de Imprensa Nacional, 1979. 153 p.
- ZANITELLI, Leandro Martins. *Tópica e pensamento sistemático: convergência ou ruptura*. In: MARTINS-COSTA, Judith (Org.). **A reconstrução do Direito Privado**. São Paulo: RT, 2002. p. 121-144.

Anexo A

RECURSO EXTRAORDINÁRIO 201.819-8

PROCEDÊNCIA: RIO DE JANEIRO

RELATORA: MIN. ELLEN GRACIE

RECORRENTE: UNIÃO BRASILEIRA DE COMPOSITORES - UBC

ADV.: VERA LUCIA RODRIGUES GATTI E OUTROS

RECORRIDO: ARTHUR RODRIGUES VILLARINHO

ADV.: ROBERTA BAPTISTELLI E OUTRO

VOTO - VISTA

O SENHOR MINISTRO GILMAR FERREIRA MENDES:

A eminente Relatora, a Ministra Ellen Gracie, proferiu voto nos seguintes termos:

"A recorrente, União Brasileira de Compositores - UBC, é sociedade civil sem fins lucrativos, dotada de personalidade jurídica de direito privado.

Por motivos irrelevantes para a solução do presente extraordinário, a recorrente excluiu o recorrido de seu quadro de sócios, em procedimento assim narrado no acórdão da origem:

'Embora a sociedade tivesse, de fato, por seu órgão deliberativo, designado uma comissão-especial para apurar as possíveis infrações estatutárias atribuídas ao autor, tal comissão, por mais ilibada que fosse, deixou de cumprir princípio constitucional, não ensejando ao apelado oportunidade de defender-se das acusações e de realizar possíveis provas em seu favor.

Conforme se vê de fls. 101/102, a comissão simplesmente reuniu-se e, examinando a documentação fornecida pelo secretário da sociedade, concluiu pela punição do autor. Nada além.

Não se pode, na verdade, pretender que uma entidade de compositores, em sua vida associativa, adote regras ou formas processuais rigorosas, mas também não se pode admitir que princípios constitucionais básicos sejam descumpridos flagrantemente.

Caracterizadas as infrações, ao ver da comissão, o autor tinha de ser, expressa e formalmente, cientificado das mesmas e convocado a apresentar, querendo, em prazo razoável, a sua defesa, facultando-lhe a produção das provas que entendesse cabíveis.

Só depois disso é que poderia surgir o parecer da comissão, num ou noutro sentido.

Como foi feito, o direito de defesa do autor foi mesmo violado, sem que se adentre no mérito, na justiça ou injustiça da punição.' (fls. 265 e 266)

Como se vê, o Tribunal a quo, com fundamento no princípio da ampla defesa, anulou a punição aplicada ao recorrido.

O estatuto da recorrida, em seu art. 16, determina que: "a diretoria nomeará comissão de inquérito composta de três Sócios, a fim de apurar indícios, atos ou fatos que tornem necessária a aplicação de penalidades aos Sócios que contrariem os deveres prescritos no Capítulo IV destes Estatutos." (fl. 48).

A leitura do acórdão da apelação revela que a regra acima transcrita foi integralmente obedecida, porém ela foi afastada em homenagem ao princípio da ampla defesa.

Entendo que as associações privadas têm liberdade para se organizar e estabelecer normas de funcionamento e de relacionamento entre os

sócios, desde que respeitem a legislação em vigor. Cada indivíduo, ao ingressar numa sociedade, conhece suas regras e seus objetivos, aderindo a eles.

A controvérsia envolvendo a exclusão de um sócio de entidade privada resolve-se a partir das regras do estatuto social e da legislação civil em vigor. Não tem, portanto, o aporte constitucional atribuído pela instância de origem, sendo totalmente descabida a invocação do disposto no art. 5º, LV da Constituição para agasalhar a pretensão do recorrido de reingressar nos quadros da UBC.

Obedecido o procedimento fixado no estatuto da recorrente para a exclusão do recorrido, não há ofensa ao princípio da ampla defesa, cuja aplicação à hipótese dos autos revelou-se equivocada, o que justifica o provimento do recurso.

Diante do exposto, conheço do recurso, e lhe dou provimento. Condeno o recorrido ao pagamento de custas e honorários advocatícios, fixados em 10% do valor atribuído à causa devidamente atualizada."

Após o voto da eminente Relatora pedi vista dos autos por se tratar de um caso típico de aplicação de direitos fundamentais às relações privadas - um assunto que, necessariamente, deve ser apreciado sob a perspectiva de uma jurisdição de perfil constitucional.

O tema versado nos presentes autos tem dado ensejo a uma relevante discussão doutrinária e jurisprudencial na Europa e nos Estados Unidos. Valho-me aqui de estudo por mim realizado constante da obra "Direitos Fundamentais e Controle de Constitucionalidade - Estudos de Direito Constitucional", sob o título "Eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas", desenvolvido com base em conferências proferidas no curso de Pós-Graduação da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, em 20/10/1994, e no 5º Encontro Nacional de Direito Constitucional (Instituto Pimenta Bueno) - Tema: "Direitos Humanos Fundamentais", em 20/09/1996, USP/SP.

No aludido ensaio, teço as seguintes considerações sobre o tema:

"A questão relativa à eficácia dos direitos fundamentais no âmbito das relações entre particulares marcou o debate doutrinário dos anos 50 e do início dos anos 60 na Alemanha. Também nos Estados Unidos, sob o rótulo da 'state action', tem-se discutido intensamente a aplicação dos direitos fundamentais às relações privadas.

É fácil ver que a doutrina tradicional dominante do Século XIX e mesmo ao tempo da República de Weimar sustenta orientação segundo a qual os direitos fundamentais destinam-se a proteger o indivíduo contra eventuais ações do Estado, não assumindo maior relevância para as relações de caráter privado. Dos dois direitos fundamentais com notória eficácia para os entes privados (art. 118, 1, 1. período - liberdade de opinião; art. 159, 2. período - liberdade de coalizão) extraiu-se um *argumentum e contrario*.

Um entendimento segundo o qual os direitos fundamentais atuam de forma unilateral na relação entre o cidadão e o Estado acaba por legitimar a idéia de que haveria para o cidadão sempre um espaço livre de qualquer ingerência estatal. A adoção dessa orientação suscitaria problemas de difícil solução tanto no plano teórico, como no plano prático. O próprio campo do Direito Civil está prenhe de conflitos de interesses com repercussão no âmbito dos direitos fundamentais. O benefício concedido a um cidadão configura, não raras vezes, a imposição de restrição a outrem.

Por essa razão, destaca Rűfner que quase todos os direitos privados são referenciáveis a um direito fundamental:

'Os contratos dos cidadãos e sua interpretação, abstraída a jurisprudência do Tribunal Federal do Trabalho, não despertavam grande interesse. O problema da colisão de direitos fundamentais coloca-se também aqui de forma freqüente: a liberdade de contratar integra os direitos fundamentais de desenvolvimento da personalidade (*freie Entfaltung der Persönlichkeit*) e de propriedade. Por isso, ela deve ser contemplada como

elemento constitucional na avaliação jurídica dos contratos. O estabelecimento de vínculos contratuais com base na autonomia privada relaciona-se, pois, com o exercício de direitos fundamentais. Exatamente na assunção de obrigações contratuais reside uma forma de exercício de direitos fundamentais que limita a liberdade para o futuro. A livre escolha de profissão e o seu livre exercício são concretizados dessa forma. O livre exercício do direito de propriedade consiste também em empregar a propriedade para fins livremente escolhidos. A livre manifestação de opinião e a liberdade de imprensa, a liberdade religião e a liberdade artística não são realizáveis sem a possibilidade de livre assunção de obrigações por parte dos cidadãos. Até mesmo a liberdade de consciência não está isenta de vinculações contratuais.'

Também o postulado de igualdade provoca problemas na esfera negocial.

O Estado, que, com os direitos fundamentais, assegura a liberdade do cidadão, não pode retirar essa liberdade com a simples aplicação do princípio da igualdade. O engajamento político e religioso integra o livre exercício do direito de propriedade e o livre exercício do direito de desenvolvimento da personalidade. A liberdade de testar é integrada pela liberdade de diferenciar por motivos políticos ou religiosos.

Assim, em face dos negócios jurídicos coloca-se a indagação sobre a sua própria validade como resultado de eventual afronta ou contrariedade aos direitos fundamentais.

É certo, por outro lado, que na relação entre cidadãos não se pode tentar resolver o conflito com a afirmação - duvidosa já na relação com o Poder Público - de que 'in dubio pro libertate', porque não se cuida do estabelecimento de uma restrição ou limitação em sentido estrito.

Canaris observa que o reconhecimento de que os direitos fundamentais cumprem uma tarefa importante na ordem jurídica não apenas como proibição de intervenção (direito de defesa), mas também como

postulados de proteção, contribui para explicitar a influência desses postulados no âmbito do direito privado.

Sob o império da Lei Fundamental de Bonn engajou-se Hans Carl Nipperdey em favor da aplicação direta dos direitos fundamentais no âmbito das relações privadas, o que acabou por provocar um claro posicionamento do Tribunal Superior do Trabalho em favor dessa orientação (*unmittelbare Drittwirkung*).

O Tribunal do Trabalho assim justificou o seu entendimento:

'Em verdade, nem todos, mas uma série de direitos fundamentais destinam-se não apenas a garantir os direitos de liberdade em face do Estado, mas também a estabelecer as bases essenciais da vida social. Isso significa que disposições relacionadas com os direitos fundamentais devem ter aplicação direta nas relações privadas entre os indivíduos. Assim, os acordos de direito privado, os negócios e atos jurídicos não podem contrariar aquilo que se convencionou chamar ordem básica ou ordem pública'.

Esse entendimento foi criticado sobretudo pela sua deficiente justificação em face do disposto no art. 1, III, da Lei Fundamental, que previa apenas a expressa vinculação dos poderes estatais aos direitos fundamentais.

Afirmou-se ainda que a eficácia imediata dos direitos fundamentais sobre as relações privadas acabaria por suprimir o princípio da autonomia privada, alterando profundamente o próprio significado do Direito Privado como um todo. Ademais, a aplicação direta dos direitos fundamentais às relações privadas encontraria óbice insuperável no fato de que, ao contrário da relação Estado-cidadão, os sujeitos dessas relações merecem e reclamam, em princípio, a mesma proteção.

É claro que o tema prepara algumas dificuldades.

Poder-se-ia argumentar com a disposição constante do art. 1, da Lei Fundamental, segundo a qual 'os direitos humanos configuram o

fundamento de toda a sociedade' (Grundlage jeder Gemeinschaft). Poder-se-ia aduzir, ainda, que a existência de forças sociais específicas, como os conglomerados econômicos, sindicatos e associações patronais, enfraquece sobremaneira o argumento da igualdade entre os entes privados, exigindo que se reconheça, em determinada medida, a aplicação dos direitos fundamentais também às relações privadas.

Esses dois argumentos carecem, todavia, de força normativa, uma vez que tanto o texto da Lei Fundamental, quanto a própria história do desenvolvimento desses direitos não autorizam a conclusão em favor de uma aplicação direta e imediata dos direitos fundamentais às relações privadas.

Em verdade, até mesmo disposições expressas, como aquela constante do art. 18, n. 1, da Constituição de Portugal, que determina sejam os direitos fundamentais aplicados às entidades privadas, ou do Projeto da Comissão Especial para revisão total da Constituição suíça (art. 25) - Legislação e Jurisdição devem zelar pela aplicação do direitos individuais às relações privadas - Gesetzgebung und Rechtsprechung sorgen dafür, dass die Grundrechte sinngemäss auch unter Privaten wirksam werden [atualmente já incorporado à Constituição suíça, desde 2000, no art. 35 (3), com a seguinte redação: 'Die Behörden sorgen dafür, dass die Grundrechte, soweit sie sich dazu eignen, auch unter Privaten wirksam werden.'], não parecem aptas para resolução do problema.

A propósito da fórmula consagrada na Constituição portuguesa, acentua Vieira de Andrade que 'se é certo que aí se afirma claramente que os preceitos constitucionais vinculam as entidades privadas, não se diz em que termos se processa essa vinculação e, designadamente, não se estabelece que a vinculação seja idêntica àquela que obriga os poderes públicos'.

Em verdade, ensina Dürig que uma aplicação direta dos direitos fundamentais às relações privadas poderia suprimir ou restringir em demasia o princípio da autonomia privada. Portanto, é o próprio sistema de direitos fundamentais, ensina o notável constitucionalista tedesco, que autoriza e

legítima que os indivíduos confirmam aos negócios de direito privado conformação não coincidente com tais direitos.

Idêntica orientação é adotada por Konrad Hesse, que destaca serem as relações entre pessoas privadas marcadas, fundamentalmente, pela idéia de igualdade. A vinculação direta dos entes privados aos direitos fundamentais não poderia jamais ser tão profunda, pois, ao contrário da relação Estado-cidadão, os direitos fundamentais operariam a favor e contra os dois partícipes da relação de Direito Privado.

Não se pode olvidar, por outro lado, que as controvérsias entre particulares com base no direito privado hão de ser decididas pelo Judiciário.

Estando a jurisdição vinculada aos direitos fundamentais, parece inevitável que o tema constitucional assumira relevo tanto na decisão dos tribunais ordinários, como no caso de eventual pronunciamento da Corte Constitucional.

Embora tenha rejeitado expressamente a possibilidade de aplicação imediata dos direitos fundamentais às relações privadas (*unmittelbare Drittwirkung*), entendeu o *Bundesverfassungsgericht* que a ordem de valores formulada pelos direitos fundamentais deve ser fortemente considerada na interpretação do Direito Privado.

Os direitos fundamentais não se destinam a solver diretamente conflitos de direito privado, devendo a sua aplicação realizar-se mediante os meios colocados à disposição pelo próprio sistema jurídico.

Segundo esse entendimento, compete, em primeira linha, ao legislador a tarefa de realizar ou concretizar os direitos fundamentais no âmbito das relações privadas. Cabe a este garantir as diversas posições fundamentais relevantes mediante fixação de limitações diversas.

Um meio de irradiação dos direitos fundamentais para as relações privadas seriam as cláusulas gerais (*Generalklausel*) que serviriam de

'porta de entrada' (Einbruchstelle) dos direitos fundamentais no âmbito do Direito Privado.

A referência a algumas decisões do Bundesverfassungsgericht pode contribuir para esclarecer adequadamente a orientação perfilhada pela Corte Constitucional alemã:

(1) Em 1950, o Presidente do Clube de Imprensa de Hamburgo, Erich Lüth, defendeu um boicote contra o filme 'Unsterbliche Geliebte', de Veit Harlan, diretor do filme 'Jud Süs', produzido durante o 3. Reich. Harlan logrou decisão do Tribunal estadual de Hamburgo no sentido de determinar que Lüth se abstinhasse de conchamar o boicote contra o referido filme com base no § 826 do Código Civil (BGB). Contra essa decisão foi interposto recurso constitucional (Verfassungsbeschwerde) perante o Bundesverfassungsgericht. A Corte Constitucional deu pela procedência do recurso, enfatizando que decisões de tribunais civis, com base em leis gerais de natureza privada, podem lesar o direito de livre manifestação de opinião consagrado no art. 5, 1, da Lei Fundamental. Os tribunais ordinários estariam obrigados a levar em consideração o significado dos direitos fundamentais em face dos bens juridicamente tutelados pelas leis gerais (juízo de ponderação). Na espécie, entendeu a Corte que, ao apreciar a conduta do recorrente, o Tribunal estadual teria desconsiderado (verkannt) o especial significado que se atribui ao direito de livre manifestação de opinião também nos casos em que ele se confronta com interesses privados;

(2) O pequeno jornal 'Blinkfuer' continuou a publicar a programação das rádios da República Democrática Alemã mesmo após a construção do muro de Berlim (13.08.1961). A grande editora Springer dirigiu, por isso, uma circular a todas as bancas e negócios de vendas de jornais, ameaçando-os com a suspensão de fornecimento de jornais e revistas caso continuassem a vender o jornal 'Blinkfuer'. Foram significativos os prejuízos sofridos pela publicação. A pretensão de caráter indenizatório formulada pelo jornal foi rejeitada pelo Bundesgerichtshof - BGH (Supremo Tribunal de Justiça). apreciando o recurso constitucional interposto pelo pequeno jornal,

entendeu o Bundesverfassungsgericht que a editora Springer não poderia valer-se de sua superioridade econômica para fazer prevalecer a sua opinião. As opiniões contrapostas deveriam concorrer em pé de igualdade, com recursos de caráter exclusivamente intelectual (*geistige Waffen*);

(3) No chamado 'caso Wallraff', um repórter, adotando uma identidade falsa, obteve um emprego como jornalista na redação do jornal sensacionalista 'Bild-Zeitung'. Essa experiência forneceu-lhe material para um livro. A ação movida pela empresa jornalística contra o repórter e seu editor foi rejeitada pelo Superior Tribunal de Justiça (*Bundesgerichtshof*). A Corte Constitucional acolheu, todavia, o recurso constitucional interposto contra a decisão, entendendo que 'entre as condições da função de uma imprensa livre pertence a relação de confiança do trabalho de redação', sendo lícita, fundamentalmente, a pretensão manifestada no sentido de impedir a publicação de informações obtidas mediante utilização de artifícios dolosos.

A orientação esposada pela Corte em todos esses precedentes parece sinalizar que, embora o Bundesverfassungsgericht extraia a eficácia dos direitos fundamentais sobre as relações privadas do significado objetivo destes para a ordem jurídica total, acaba ele por reconhecer efeito jurídico-subjetivo a essas normas.

Tal como enfatizado no 'caso Blinkfuer', se o juiz não reconhece, no caso concreto, a influência dos direitos fundamentais sobre as relações privadas, então ele não apenas lesa o direito constitucional objetivo, como também afronta direito fundamental considerado como pretensão em face do Estado, ao qual, enquanto órgão estatal, está obrigado a observar.

Assim, ainda que se não possa cogitar de vinculação direta do cidadão aos direitos fundamentais, podem esses direitos legitimar limitações à autonomia privada seja no plano da legislação, seja no plano da Interpretação.

É preciso acentuar que, diferentemente do que ocorre na relação direta entre o Estado e o cidadão, na qual a pretensão outorgada ao indivíduo limita a ação do Poder Público, a eficácia mediata dos direitos fundamentais

refere-se primariamente a uma relação privada entre cidadãos, de modo que o reconhecimento do direito de alguém implica o sacrifício de faculdades reconhecidas a outrem.

Em outros termos, a eficácia mediata dos direitos está freqüentemente relacionada com um caso de colisão de direitos. A posição jurídica de um indivíduo em face de outro somente pode prevalecer na medida em que se reconhece a prevalência de determinados interesses sobre outros.

Como enunciado, a teoria da 'eficácia mediata' (*mittelbare Drittwirkung*) revela também a preocupação do *Bundesverfassungsgericht* com a aplicação/concretização dos direitos fundamentais pelos Tribunais ordinários. A discussão sobre a eficácia indireta ganha relevo na medida em que as valorações estabelecidas pela Constituição não coincidem com a valoração do direito privado.

Tal como sintetizado por Hesse, a orientação da Corte Constitucional revela que a função dos direitos fundamentais enquanto elementos de uma ordem objetiva impõe tão-somente a preservação de um *standard* mínimo de liberdade individual. Não se impõe, porém, uma redução generalizada da liberdade individual a esse padrão mínimo. 'Se o Direito Privado deixa maior liberdade do que os direitos fundamentais, não deve a liberdade ser restringida mediante uma vinculação a esses direitos'.

Hesse sustenta que os Direitos Fundamentais não obstam a que os titulares assumam obrigações em face de outros entes privados, uma vez que também a possibilidade de se vincular mediante atos livremente celebrados integra a liberdade individual. Assim, seriam válidos, em princípio, contratos celebrados entre pessoas privadas que limitassem a liberdade opinião e legítimas as decisões de um empregador que selecionasse seus empregados com utilização de referenciais relacionados com a confissão religiosa ou a convicção política.

Não se pode perder de vista, porém, - adverte Hesse - que a liberdade individual pode restar ameaçada pela utilização de mecanismos de

poder econômico ou social, o que acabaria por permitir a supressão daquele standard mínimo de liberdade pelo uso (abusivo) de posições dominantes no plano econômico-social.

Assim, entende Hesse que cabe ao legislador e, se este se revelar omissivo ou indiferente, ao próprio juiz, interpretar o direito privado à luz dos direitos fundamentais (im Licht der Grundrechte), exercendo o dever de proteção (Schutzpflicht) que se impõe ao Estado.

A crítica ao entendimento da Corte Constitucional alemã sobre a eficácia mediata dos direitos fundamentais assenta-se tanto na sua débil fundamentação dogmática, quanto na sua eventual desnecessidade.

Quanto à fundamentação dogmática, afirma-se que a doutrina da eficácia mediata dos direitos fundamentais no âmbito das relações privadas padece dos mesmos problemas da jurisprudência sobre Constituição enquanto ordem valorativa (Wertordnungsrechtprechung). A ausência de uma ordem objetiva de valores dificulta senão impossibilita uma decisão clara sobre os valores que hão de prevalecer em uma dada situação de conflito. A incerteza quanto aos critérios de ponderação e a existência de múltiplos critérios quase permitiriam afirmar que uma orientação pelos valores básicos poderia fundamentar qualquer decisão.

O argumento relativo à desnecessidade da jurisprudência sobre a eficácia mediata enfatiza que o recurso a essa teoria seria dispensável em caso de adequada aplicação do direito ordinário. A teoria da aplicação dos direitos fundamentais às relações privadas decorreria, assim, de necessidade de correção de julgados dos Tribunais ordinários. A discussão que se trava aqui refere-se exatamente à possibilidade de que o ganho obtido com a realização de justiça no caso concreto acabe por comprometer a clareza dogmática nos planos constitucional e legal.

Jürgen Schwabe rejeita tanto a doutrina da aplicação imediata, quanto a aplicação mediata dos direitos fundamentais, entendendo que a aplicação dos direitos fundamentais nas relações privadas decorre do próprio

caráter estatal do direito privado. No âmbito do direito privado, as pretensões não representariam mais do que o poder estatal sob a forma de proibição ou de prescrição.

Essa orientação, que muito se assemelha à doutrina americana da 'state action', tem algo em comum com a doutrina da aplicação imediata dos direitos fundamentais às relações privadas: ambas admitem uma aplicação direta dos direitos fundamentais no âmbito das relações privadas. A diferença básica entre elas reside no fato de que para Schwabe não há que se cogitar de uma eficácia horizontal (*Drittwirkung*), porquanto os direitos fundamentais devem ser aplicados até mesmo contra uma decisão estatal (decisão legislativa; decisão judicial; execução judicial).

Qualquer que seja a orientação adotada, importa acentuar que a discussão sobre aplicação dos direitos fundamentais às relações privadas está muito longe de assumir contornos dogmáticos claros .

É certo, por outro lado, que, a despeito do esforço desenvolvido pela doutrina, não se logra divisar, com clareza, uma distinção precisa entre a questão material da *Drittwirkung* (eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas) e a questão processual, que alça a Corte Constitucional a um papel de um Supertribunal de Revisão." (MENDES, Gilmar Ferreira. *Direitos Fundamentais e controle de constitucionalidade: estudos de direito constitucional*. 2ª Ed. rev. e ampliada. Celso Bastos Ed. São Paulo: Instituto Brasileiro de Direito Constitucional, 1999., pp. 218-229).

A propósito da *state action*, o tema tem sido objeto de instigantes estudos e julgamentos nos Estados Unidos, os quais tem reconhecido a aplicação de direitos fundamentais para os casos em que estão envolvidos diretos civis (*The Civil Right Cases*), acordos privados (*Private Agreements*), ou ainda sob a alegação de que a questão decidida demanda um conceito de função pública (*The Public Function Concept*) (NOWAK, John; ROTUNDA, Ronald. *Constitutional Law*. 5th Ed. St. Paul, Minn: West Publishing Co., 1995).

No Brasil, a doutrina recente tem se dedicado com afinco ao desenvolvimento do tema. Mencionam-se a propósito os estudos de Daniel Sarmiento, Ingo Sarlet, Paulo Gustavo Gonet Branco, Rodrigo de Oliveira Kaufmann, André Rufino Valle, e Thiago Sombra, os quais também enfatizam o amadurecimento dessa questão no Tribunal.

Com base nas raras ocasiões em que a Corte se debruçou sobre o tema, é possível delinear os contornos que a aplicação dos direitos fundamentais nas relações entre privadas pode assumir. (cf. SARMENTO, Daniel. *Direitos Fundamentais e Relações Privadas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004; SOMBRA, Thiago. *A eficácia dos direitos fundamentais nas relações jurídico-privadas: A identificação do contrato como ponto de encontro dos direitos fundamentais*. Sérgio Antônio Fabris Ed. Porto Alegre: 2004; VALLE, André Rufino. *Eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas*. Sérgio Antônio Fabris Ed. Porto Alegre: 2004; KAUFMANN, Rodrigo. *Dimensões e Perspectivas da Eficácia Horizontal dos Direitos Fundamentais. Possibilidades e limites de aplicação no Direito Constitucional Brasileiro*. Tese para a obtenção do título de Mestre em Direito apresentada em 2004 e orientada pelo Professor José Carlos Moreira Alves; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Associações, Expulsão de Sócios e Direitos Fundamentais*, *Direito Público* v. 1, nº 2 (out. /dez. 2003) Porto Alegre: Síntese; Brasília: Instituto Brasiliense de Direito Público, 2003, pp. 170-174; e SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998).

Muitos desses estudos desenvolveram-se também a partir dos positivos impulsos decorrentes das decisões proferidas por esta Corte.

No RE nº 160.222-RJ (Rel. Min. Sepúlveda Pertence, DJ de 01/09/1995), discutiu-se se cometeria o crime de constrangimento ilegal, o gerente que exige das empregadas de certa indústria de lingerie o cumprimento de cláusula constante nos contratos individuais de trabalho, segundo a qual, elas deveriam se submeter a revistas íntimas, sob ameaça de dispensa. Elucidou a ementa:

"E M E N T A - I. Recurso extraordinário: legitimação da ofendida - ainda que equivocadamente arrolada como testemunha -, não habilitada anteriormente, o que, porém, não a inibe de interpor o recurso, nos quinze dias seguintes ao término do prazo do Ministério Público, (STF, Sums. 210 e 448). II. Constrangimento ilegal: submissão das operárias de indústria de vestuário a revista íntima, sob ameaça de dispensa; sentença condenatória de primeiro grau fundada na garantia constitucional da intimidade e acórdão absolutório do Tribunal de Justiça, porque o constrangimento questionado a intimidade das trabalhadoras, embora existente, fora admitido por sua adesão ao contrato de trabalho: questão que, malgrado a sua relevância constitucional, já não pode ser solvida neste processo, dada a prescrição superveniente, contada desde a sentença de primeira instância e jamais interrompida, desde então." (RE nº 160.222-RJ, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, DJ de 01/09/1995)

Em outro caso, o RE nº 158.215-RS (Rel. Min. Marco Aurélio, DJ de 07/06/1996), esta Segunda Turma preconizou a incidência direta dos direitos fundamentais sobre relações entre particulares. Tratava-se da hipótese de um membro expulso de cooperativa sem o atendimento da garantia do contraditório e da ampla defesa no âmago do devido processo legal. A ementa explicita tal raciocínio nos seguintes termos:

"DEFESA - DEVIDO PROCESSO LEGAL - INCISO LV DO ROL DAS GARANTIAS CONSTITUCIONAIS - EXAME - LEGISLAÇÃO COMUM. A intangibilidade do preceito constitucional assegurado do devido processo legal direciona ao exame da legislação comum. Daí a insubsistência da óptica segundo a qual a violência à Carta Política da República, suficiente a ensejar o conhecimento de extraordinário, há de ser direta e frontal. Caso a caso, compete ao Supremo Tribunal Federal exercer crivo sobre a matéria, distinguindo os recursos protelatórios daqueles em que versada, com procedência, a transgressão a texto constitucional, muito embora torne-se necessário, até mesmo, partir-se do que previsto na legislação comum. Entendimento diverso implica relegar à inocuidade dois princípios básicos em um Estado Democrático de Direito - o da legalidade e do devido processo legal,

com a garantia da ampla defesa, sempre a pressuporem a consideração de normas estritamente legais. COOPERATIVA - EXCLUSÃO DE ASSOCIADO - CARÁTER PUNITIVO - DEVIDO PROCESSO LEGAL. Na hipótese de exclusão de associado decorrente de conduta contrária aos estatutos, impõe-se a observância ao devido processo legal, viabilizado o exercício amplo da defesa. Simples desafio do associado à assembléia geral, no que toca à exclusão, não é de molde a atrair adoção de processo sumário. Observância obrigatória do próprio estatuto da cooperativa." (RE nº 158.215-RS, Rel. Min. Marco Aurélio, DJ de 07/06/1996)

Paulo Gustavo Gonet Branco analisa as tendências jurisprudenciais do Tribunal a partir desse julgamento:

"A segunda turma do Supremo Tribunal enxergou controvérsia constitucional apta a ensejar o conhecimento e provimento de recurso extraordinário em causa em que se discutia a legitimidade formal da expulsão de sócios de uma cooperativa, sem a observância dos preceitos estatutários relativos à defesa dos excluídos. O relator, Ministro Marco Aurélio, dirigiu toda a apreciação do caso para o ângulo da garantia constitucional da ampla defesa. Argumentou que 'a exaltação de ânimos não é de molde a afastar a incidência do preceito constitucional assegurador da plenitude da defesa nos processos em geral. (...) Incumbia à Cooperativa, uma vez instaurado o processo, dar aos acusados a oportunidade de defenderem-se e não excluí-los sumariamente do quadro de associados(...), sem a abertura de prazo para produção de defesa e feitura de prova'.

O acórdão não se deteve em considerações acadêmicas sobre a eficácia dos direitos fundamentais nas relações entre particulares, o que o torna ainda mais sugestivo. A decisão tomou como indiscutível que há normas de direitos fundamentais que incidem diretamente sobre relações entre pessoas privadas. Deixou para os comentadores os adornos doutrinários." (BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Associações, Expulsão de Sócios e Direitos Fundamentais*, Direito Público v. 1, nº 2 (out. /dez. 2003). Porto Alegre: Síntese; Brasília: Instituto Brasiliense de Direito Público, 2003, pp. 170-174).

Por fim, no RE nº 161.243-DF (Rel. Min. Carlos Velloso, DJ de 19/12/1997), o Tribunal não admitiu que a invocação do princípio da autonomia fosse argumento legítimo para discriminar, nacionais de estrangeiros, no que concerne à percepção de benefícios constantes no estatuto pessoal de determinada empresa. Consignou-se na ementa:

"CONSTITUCIONAL. TRABALHO. PRINCÍPIO DA IGUALDADE. TRABALHADOR BRASILEIRO EMPREGADO DE EMPRESA ESTRANGEIRA: ESTATUTOS DO PESSOAL DESTA: APLICABILIDADE AO TRABALHADOR ESTRANGEIRO E AO TRABALHADOR BRASILEIRO. C.F., 1967, art. 153, § 1º; C.F., 1988, art. 5º, caput. I. - Ao recorrente, por não ser francês, não obstante trabalhar para a empresa francesa, no Brasil, não foi aplicado o Estatuto do Pessoal da Empresa, que concede vantagens aos empregados, cuja aplicabilidade seria restrita ao empregado de nacionalidade francesa. Ofensa ao princípio da igualdade: C.F., 1967, art. 153, § 1º; C.F., 1988, art. 5º, caput). II. - A discriminação que se baseia em atributo, qualidade, nota intrínseca ou extrínseca do indivíduo, como o sexo, a raça, a nacionalidade, o credo religioso, etc., é inconstitucional. Precedente do STF: Ag 110.846(AgRg)-PR, Célio Borja, RTJ 119/465. III. - Fatores que autorizariam a desigualização não ocorrentes no caso. IV. - R.E. conhecido e provido." (RE nº 161.243-DF, Rel. Min. Carlos Velloso, DJ de 19/12/1997)

Daniel Sarmento, após analisar detalhadamente a jurisprudência do STF e dos demais tribunais pátrios sobre o assunto, observa:

"..., é possível concluir que, mesmo sem entrar na discussão das teses jurídicas sobre a forma de vinculação dos particulares aos direitos fundamentais, a jurisprudência brasileira vem aplicando diretamente os direitos individuais consagrados na Constituição na resolução de litígios privados." (SARMENTO, Daniel. Direitos Fundamentais e Relações Privadas. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2004, p.297).

Não estou preocupado em discutir no atual momento qual a forma geral de aplicabilidade dos direitos fundamentais que a jurisprudência desta Corte professa para regular as relações entre particulares.

Tenho a preocupação de, tão-somente, ressaltar que o Supremo Tribunal Federal já possui histórico identificável de uma jurisdição constitucional voltada para a aplicação desses direitos às relações privadas.

O caso em exame apresenta singularidades.

Conforme elucida o parecer da Procuradoria-Geral da República, a Recorrente é "repassadora do numerário arrecadado pelo Escritório Central de Arrecadação e Distribuição (ECAD)" (fls. 307).

Destarte, a exclusão de sócio do quadro social da UBC, sem qualquer garantia de ampla defesa, do contraditório, ou do devido processo constitucional, onera consideravelmente o recorrido, o qual fica impossibilitado de perceber os direitos autorais relativos à execução de suas obras.

De outro lado, diante da iminência de expulsão disciplinar, ainda que o recorrido tivesse optado por ingressar em outras entidades congêneres, nacionais ou estrangeiras, o ônus subsistiria em razão da eliminação automática do associado, nos termos do art. 18 do Estatuto Social da recorrente (fls. 48).

Nesse particular, lembro que no julgamento de tema relativo à constitucionalidade do perfil institucional do ECAD (ADI nº 2.054-DF, Rel. Min. Ilmar Galvão, DJ de 17.10.2003), o voto condutor do Ministro Sepúlveda Pertence abriu a divergência no sentido de que a entidade representa relevante papel no âmbito do sistema brasileiro de proteção aos direitos autorais, podendo atuar até mesmo como "prestador de serviço público por delegação legislativa". E tal como anotara Pertence naquela oportunidade, a associação que se recusa a filiar-se ao ECAD arcaria com a consequência grave de não participar da gestão coletiva de arrecadação e distribuição de direitos autorais e, por conseguinte, não poder fazê-los isoladamente.

Na oportunidade do julgamento da referida ADIn, acompanhei a tese vencedora, nos seguintes termos:

"... não é necessário entrar na discussão sobre a contrariedade ao direito de associação também, como já demonstrou o Ministro Sepúlveda Pertence, o fato de a Constituição de 88 explicitar essa liberdade negativa de associação não significa que ela não fosse existente entre nós nas versões anteriores. Na espécie, disse que está em jogo não apenas a aplicação da liberdade de associação, mas também a própria proteção do direito autoral. Por isso afigura-se-me legítima a decisão legislativa que, ao fixar as normas de organização e procedimento, viabiliza a cobrança de direitos autorais por uma entidade central. É evidente que o legislador considerou que esse seria o modelo mais adequado para proteger um valor constitucional que estava previsto."

Destarte, considerando que a União Brasileira de Compositores (UBC) integra a estrutura do ECAD, é incontroverso que, no caso, ao restringir as possibilidades de defesa do recorrido, ela assume posição privilegiada para determinar, preponderantemente, a extensão do gozo e fruição dos direitos autorais de seu associado.

Em outras palavras, trata-se de entidade que se caracteriza por integrar aquilo que poderíamos denominar como espaço público ainda que não-estatal.

Essa realidade deve ser enfatizada principalmente porque, para os casos em que o único meio de subsistência dos associados seja a percepção dos valores pecuniários relativos aos direitos autorais que derivem de suas composições, a vedação das garantias constitucionais de defesa pode acabar por lhes restringir a própria liberdade de exercício profissional.

Logo, as penalidades impostas pela recorrente ao recorrido, extrapolam, em muito, a liberdade do direito de associação e, sobretudo, o de defesa. Conclusivamente, é imperiosa a observância das garantias

constitucionais do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa (art. 5º, LIV e LV, da CF).

Tem-se, pois, caso singular, que transcende a simples liberdade de associar ou de permanecer associado. Em certa medida, a integração a essas entidades configura, para um número elevado de pessoas, quase que um imperativo decorrente do exercício de atividade profissional.

Cabe assinalar, ainda, as considerações de Paulo Branco relativamente ao caso específico de aplicação do direito de ampla defesa nas hipóteses de exclusão de sócio ou de membro de associação particular:

"É interessante notar, que também na esfera do direito internacional, vem-se firmando o princípio de que os direitos humanos não somente vinculam os Estados negativamente, impedindo-os de afetar os bens protegidos, como, por igual, criam para eles obrigações de agir, em defesa desses bens. Serve de exemplo o caso X e Y v. Holanda, de 1985, em que a Corte Européia de Direitos Humanos não hesitou em proclamar que os Estados convenientes estavam obrigados à 'adoção de medidas destinadas a assegurar o respeito à vida privada, mesmo na esfera das relações dos indivíduos entre si'".

Um dos direitos fundamentais que se apontam como de incidência no âmbito dos relacionamentos privados é o direito de ampla defesa. Esse direito é tido como de observância obrigatória, em se tratando de exclusão de sócio ou de membro de associação particular.

É certo que a associação tem autonomia para gerir a sua vida e a sua organização. É certo, ainda, que, no direito de se associar, está incluída a faculdade de escolher com quem se associar, o que implica poder de exclusão.

O direito de associação, entretanto, não é absoluto e comporta restrições, orientadas para o prestígio de outros direitos também fundamentais. A legitimidade dessas interferências dependerá da ponderação a ser estabelecida entre os interesses constitucionais confrontantes. A apreciação do fundamento dessas interferências, ainda, não pode prescindir de variantes

diversas, como o propósito que anima a existência da sociedade. Na jurisprudência da Suprema Corte americana, há precedente distinguindo as sociedades voltadas para expressar um ponto de vista $\frac{3}{4}$ religioso ou ideológico $\frac{3}{4}$ e outras, de cunho comercial, nonexpressive. Naquelas, a interferência de outros interesses sobre a sua estrutura e gestão teria admissibilidade consideravelmente mais restrita.

Não somente nos Estados Unidos, mas também em outras latitudes é conferida importância ao tipo de sociedade, com vistas a aferir o grau de controle do Estado sobre as decisões da entidade, como a de expulsão de membro. Ferrer i Riba e Salvador Coderch, com suporte na jurisprudência espanhola e na doutrina, produzem uma taxonomia de associações, conforme o grau de controle possível das causas e procedimentos de exclusão de sócios. Assim, as associações que detêm posição dominante na vida social ou econômica ou que exercem funções de representação de interesses gozam de uma liberdade mais restrita na fixação das causas de sanção e na imposição das mesmas. Para os autores, as entidades 'que promovem fins ideológicos integram o núcleo essencial da autonomia privada coletiva: as resoluções das associações religiosas ou de pessoas que compartilham um certo ideário ou uma ou outra concepção do mundo não estão, no fundamental, sujeitas a controle judicial'. Nas entidades de fins associativos predominantemente econômicos, a expulsão seria revisável em consideração ao dano patrimonial que pode causar ao excluído.

É importante notar $\frac{3}{4}$ assim o advertem a doutrina e a jurisprudência espanholas $\frac{3}{4}$ que nem toda pretensão decorrente de relação estatutária, surgida no interior de uma entidade privada, pode ser alçada à hierarquia de questão constitucional. Nem toda disputa em torno do estatuto associativo pode ser vista, primariamente, como controvérsia própria do direito fundamental de associação, o que produz óbvia repercussão sobre a competência da justiça constitucional. Casos, no entanto, de desprezo à garantia de defesa do expulso $\frac{3}{4}$ defesa que há de abranger a notificação das imputações feitas e o direito a ser ouvido $\frac{3}{4}$ tendem a ser inseridos na lista dos

temas de índole constitucional, em que se admite, ademais, a eficácia dos direitos fundamentais no âmbito das associações particulares.

O direito de defesa ampla assoma-se como meio indispensável para se prevenir situações de arbítrio, que subverteriam a própria liberdade de se associar." (BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Associações, Expulsão de Sócios e Direitos Fundamentais, Direito Público v. 1, nº 2* (out. /dez. 2003) Porto Alegre: Síntese; Brasília: Instituto Brasiliense de Direito Público, 2003, pp. 172-173)

Essas considerações parecem fornecer diretrizes mais ou menos seguras e, até certa parte, amplas, para a aplicação do direito de defesa no caso de exclusão de associados.

Todavia, afigura-se-me decisivo no caso em apreço, tal como destacado, a singular situação da entidade associativa, integrante do sistema ECAD, que, como se viu na ADI nº 2.054-DF, exerce uma atividade essencial na cobrança de direitos autorais, que poderia até configurar um serviço público por delegação legislativa.

Esse caráter público ou geral da atividade parece decisivo aqui para legitimar a aplicação direta dos direitos fundamentais concernentes ao devido processo legal, ao contraditório e à ampla defesa (art. 5º, LIV e LV, da CF) ao processo de exclusão de sócio de entidade.

Estando convencido, portanto, de que as particularidades do caso concreto legitimam a aplicabilidade dos direitos fundamentais referidos já pelo caráter público - ainda que não estatal - desempenhado pela entidade, peço vênia para divergir, parcialmente, da tese apresentada pela Eminente Relatora. Voto, portanto, pelo conhecimento do recurso e, no mérito, pelo seu desprovimento.

Anexo B

RE 271286 AgR / RS - RIO GRANDE DO SUL

AG.REG.NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO

Relator(a): Min. CELSO DE MELLO

Julgamento: 12/09/2000, Órgão Julgador: Segunda Turma.

Publicação: DJ DATA-24-11-2000. p.-101

E M E N T A: PACIENTE COM HIV/AIDS - PESSOA DESTITUÍDA DE RECURSOS FINANCEIROS - DIREITO À VIDA E À SAÚDE - FORNECIMENTO GRATUITO DE MEDICAMENTOS - DEVER CONSTITUCIONAL DO PODER PÚBLICO (CF, ARTS. 5º, CAPUT, E 196) - PRECEDENTES (STF) - RECURSO DE AGRAVO IMPROVIDO. O DIREITO À SAÚDE REPRESENTA CONSEQÜÊNCIA CONSTITUCIONAL INDISSOCIÁVEL DO DIREITO À VIDA. - O direito público subjetivo à saúde representa prerrogativa jurídica indisponível assegurada à generalidade das pessoas pela própria Constituição da República (art. 196). Traduz bem jurídico constitucionalmente tutelado, por cuja integridade deve velar, de maneira responsável, o Poder Público, a quem incumbe formular - e implementar - políticas sociais e econômicas idôneas que visem a garantir, aos cidadãos, inclusive àqueles portadores do vírus HIV, o acesso universal e igualitário à assistência farmacêutica e médico-hospitalar. - O direito à saúde - além de qualificar-se como direito fundamental que assiste a todas as pessoas - representa conseqüência constitucional indissociável do direito à vida. O Poder Público, qualquer que seja a esfera institucional de sua atuação no plano da organização federativa brasileira, não pode mostrar-se indiferente ao problema da saúde da população, sob pena de incidir, ainda que por censurável omissão, em grave comportamento inconstitucional. A INTERPRETAÇÃO DA NORMA PROGRAMÁTICA NÃO PODE TRANSFORMÁ-LA EM PROMESSA CONSTITUCIONAL INCONSEQÜENTE. - O caráter programático da regra inscrita no art. 196 da Carta Política - que tem por destinatários todos os entes

políticos que compõem, no plano institucional, a organização federativa do Estado brasileiro - não pode converter-se em promessa constitucional incoseqüente, sob pena de o Poder Público, fraudando justas expectativas nele depositadas pela coletividade, substituir, de maneira ilegítima, o cumprimento de seu impostergável dever, por um gesto irresponsável de infidelidade governamental ao que determina a própria Lei Fundamental do Estado.

DISTRIBUIÇÃO GRATUITA DE MEDICAMENTOS A PESSOAS CARENTES. - O reconhecimento judicial da validade jurídica de programas de distribuição gratuita de medicamentos a pessoas carentes, inclusive àquelas portadoras do vírus HIV/AIDS, dá efetividade a preceitos fundamentais da Constituição da República (arts. 5º, caput, e 196) e representa, na concreção do seu alcance, um gesto reverente e solidário de apreço à vida e à saúde das pessoas, especialmente daquelas que nada têm e nada possuem, a não ser a consciência de sua própria humanidade e de sua essencial dignidade. Precedentes do STF.

Votação: unânime.

Resultado: desprovido.

Partes:

AGRAVANTE: MUNICÍPIO DE PORTO ALEGRE

ADVDA.: CANDIDA SILVEIRA SAIBERT

AGRAVADA: DINÁ ROSA VIEIRA

ADVDS.: EDUARDO VON MÜHLEN E OUTROS

ADVDS.: LUÍS MAXIMILIANO LEAL TELESKA MOTA E OUTROS

Anexo C**RECURSO EXTRAORDINÁRIO 352.940-4 SÃO PAULO**

Relator: Ministro Carlos Velloso

Julgamento: 25 de abril de 2005

Publicação: DJ Nº 87 - 09/05/2005 - Ata Nº 64 - Relação de Recursos - Despachos dos Relatores.

EMENTA: CONSTITUCIONAL. CIVIL. FIADOR: BEM DE FAMÍLIA: IMÓVEL RESIDENCIAL DO CASAL OU DE ENTIDADE FAMILIAR: IMPENHORABILIDADE. Lei nº 8.009/90, arts. 1º e 3º. Lei 8.245, de 1991, que acrescentou o inciso VII, ao art. 3º, ressaltando a penhora “por obrigação decorrente de fiança concedida em contrato de locação”: sua não- recepção pelo art. 6º, C.F., com a redação da EC 26/2000. Aplicabilidade do princípio isonômico e do princípio de hermenêutica: ubi eadem ratio, ibi eadem legis dispositio: onde existe a mesma razão fundamental, prevalece a mesma regra de Direito. Recurso extraordinário conhecido e provido.

DECISÃO: - Vistos. O acórdão recorrido, em embargos à execução, proferido pela Quarta Câmara do Eg. Segundo Tribunal de Alçada Civil do Estado de São Paulo, está assim ementado:

“A norma constitucional que inclui o direito à moradia entre os sociais (artigo 6º do Estatuto Político da República, texto conforme a Emenda 26, de 14 de fevereiro de 2000) não é imediatamente aplicável, persistindo, portanto, a penhorabilidade do bem de família de fiador de contrato de locação imobiliária urbana.

A imposição constitucional, sem distinção ou condicionamento, de obediência ao direito adquirido, ao ato jurídico perfeito e à coisa julgada é inarredável, ainda que se cuide, a regra eventualmente transgressora, de norma de alcance social e de ordem pública.” (Fl. 81)

Daí o RE, interposto por ERNESTO GRADELLA NETO e GISELDA DE FÁTIMA GALVES GRADELLA, fundado no art. 102, III, a, da Constituição Federal, sustentando, em síntese, o seguinte:

a) impenhorabilidade do bem de família do fiador em contrato de locação, dado que o art. 6º da Constituição Federal, que se configura como auto-aplicável, assegura o direito à moradia, o que elidiria a aplicação do disposto no art. 3º, VII, da Lei 8.009/90, redação da Lei 8.245/91;

b) inexistência de direito adquirido contra a ordem pública, porquanto “(...) a norma constitucional apanha situações existentes sob sua égide, ainda que iniciadas no regime antecedente” (fl. 88).

Admitido o recurso, subiram os autos.

A Procuradoria-Geral da República, em parecer lavrado pela ilustre Subprocuradora-Geral da República, Dr^a. Maria Caetana Cintra Santos, opinou pelo não-conhecimento do recurso.

Autos conclusos em 15.10.2004.

Decido.

A Lei 8.009, de 1990, art. 1º, estabelece a impenhorabilidade do imóvel residencial do casal ou da entidade familiar e determina que não responde o referido imóvel por qualquer tipo de dívida, salvo nas hipóteses previstas na mesma lei, art. 3º, inciso I a VI.

Acontece que a Lei 8.245, de 18.10.91, acrescentou o inciso VII, a ressaltar a penhora “por obrigação decorrente de fiança concedida em contrato de locação.”

É dizer, o bem de família de um fiador em contrato de locação teria sido excluído da impenhorabilidade.

Acontece que o art. 6º da C.F., com a redação da EC nº 26, de 2000, ficou assim redigido:

“Art. 6º. São direitos sociais a educação, a saúde, o trabalho, a moradia, a segurança a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição.”

Em trabalho doutrinário que escrevi — “Dos Direitos Sociais na Constituição do Brasil”, texto básico de palestra que proferi na Universidade de Carlos III, em Madri, Espanha, no Congresso Internacional de Direito do Trabalho, sob o patrocínio da Universidade Carlos III e da ANAMATRA, em 10.3.2003 — registrei que o direito à moradia, estabelecido no art. 6º, C.F., é um direito fundamental de 2ª geração — direito social — que veio a ser reconhecido pela EC 26, de 2000.

O bem de família — a moradia do homem e sua família — justifica a existência de sua impenhorabilidade: Lei 8.009/90, art. 1º. Essa impenhorabilidade decorre de constituir a moradia um direito fundamental.

Posto isso, veja-se a contradição: a Lei 8.245, de 1991, excepcionando o bem de família do fiador, sujeitou o seu imóvel residencial, imóvel residencial próprio do casal, ou da entidade familiar, à penhora. Não há dúvida que ressalva trazida pela Lei 8.245, de 1991, — inciso VII do art. 3º — feriu de morte o princípio isonômico, tratando desigualmente situações iguais, esquecendo-se do velho brocardo latino: *ubi eadem ratio, ibi eadem legis dispositio*, ou em vernáculo: onde existe a mesma razão fundamental, prevalece a mesma regra de Direito.

Isto quer dizer que, tendo em vista o princípio isonômico, o citado dispositivo — inciso VII do art. 3º, acrescentado pela Lei 8.245/91, não foi recebido pela EC 26, de 2000.

Essa não recepção mais se acentua diante do fato de a EC 26, de 2000, ter estampado, expressamente, no art. 6º, C.F., o direito à moradia como direito fundamental de 2ª geração, direito social. Ora, o bem de família — Lei 8.009/90, art. 1º — encontra justificativa, foi dito linha atrás, no constituir o direito à moradia um direito fundamental que deve ser protegido e por isso mesmo encontra garantia na Constituição.

Em síntese, o inciso VII do art. 3º da Lei 8.009, de 1990, introduzido pela Lei 8.245, de 1991, não foi recebido pela CF, art. 6º, redação da EC 26/2000.

Do exposto, conheço do recurso e dou-lhe provimento, invertidos os ônus da sucumbência.

Publique-se.

Brasília, 25 de abril de 2005.

RECORRENTES: ERNESTO GRADELLA NETO E OUTRA

ADVOGADOS: ARISTEU CÉSAR PINTO NETO E OUTRO

RECORRIDA: TERESA CANDIDA DOS SANTOS SILVA

ADVOGADOS: BENEDITO RODRIGUES DE SOUZA E OUTRAS

Anexo A

RECURSO EXTRAORDINÁRIO 201.819-8

PROCEDÊNCIA: RIO DE JANEIRO

RELATORA: MIN. ELLEN GRACIE

RECORRENTE: UNIÃO BRASILEIRA DE COMPOSITORES - UBC

ADV.: VERA LUCIA RODRIGUES GATTI E OUTROS

RECORRIDO: ARTHUR RODRIGUES VILLARINHO

ADV.: ROBERTA BAPTISTELLI E OUTRO

VOTO - VISTA

O SENHOR MINISTRO GILMAR FERREIRA MENDES:

A eminente Relatora, a Ministra Ellen Gracie, proferiu voto nos seguintes termos:

"A recorrente, União Brasileira de Compositores - UBC, é sociedade civil sem fins lucrativos, dotada de personalidade jurídica de direito privado.

Por motivos irrelevantes para a solução do presente extraordinário, a recorrente excluiu o recorrido de seu quadro de sócios, em procedimento assim narrado no acórdão da origem:

'Embora a sociedade tivesse, de fato, por seu órgão deliberativo, designado uma comissão especial para apurar as possíveis infrações estatutárias atribuídas ao autor, tal comissão, por mais ilibada que fosse, deixou de cumprir princípio constitucional, não ensejando ao apelado oportunidade de defender-se das acusações e de realizar possíveis provas em seu favor.

Conforme se vê de fls. 101/102, a comissão simplesmente reuniu-se e, examinando a documentação fornecida pelo secretário da sociedade, concluiu pela punição do autor. Nada além.

Não se pode, na verdade, pretender que uma entidade de compositores, em sua vida associativa, adote regras ou formas processuais rigorosas, mas também não se pode admitir que princípios constitucionais básicos sejam descumpridos flagrantemente.

Caracterizadas as infrações, ao ver da comissão, o autor tinha de ser, expressa e formalmente, cientificado das mesmas e convocado a apresentar, querendo, em prazo razoável, a sua defesa, facultando-lhe a produção das provas que entendesse cabíveis.

Só depois disso é que poderia surgir o parecer da comissão, num ou noutro sentido.

Como foi feito, o direito defesa do autor foi mesmo violado, sem que se adentre no mérito, na justiça ou injustiça da punição.' (fls. 265 e 266)

Como se vê, o Tribunal a quo, com fundamento no princípio da ampla defesa, anulou a punição aplicada ao recorrido.

O estatuto da recorrida, em seu art. 16, determina que: "a diretoria nomeará comissão de inquérito composta de três Sócios, a fim de apurar indícios, atos ou fatos que tornem necessária a aplicação de penalidades aos Sócios que contrariem os deveres prescritos no Capítulo IV destes Estatutos." (fl. 48).

A leitura do acórdão da apelação revela que a regra acima transcrita foi integralmente obedecida, porém ela foi afastada em homenagem ao princípio da ampla defesa.

Entendo que as associações privadas têm liberdade para se organizar e estabelecer normas de funcionamento e de relacionamento entre os

sócios, desde que respeitem a legislação em vigor. Cada indivíduo, ao ingressar numa sociedade, conhece suas regras e seus objetivos, aderindo a eles.

A controvérsia envolvendo a exclusão de um sócio de entidade privada resolve-se a partir das regras do estatuto social e da legislação civil em vigor. Não tem, portanto, o aporte constitucional atribuído pela instância de origem, sendo totalmente descabida a invocação do disposto no art. 5º, LV da Constituição para agasalhar a pretensão do recorrido de reingressar nos quadros da UBC.

Obedecido o procedimento fixado no estatuto da recorrente para a exclusão do recorrido, não há ofensa ao princípio da ampla defesa, cuja aplicação à hipótese dos autos revelou-se equivocada, o que justifica o provimento do recurso.

Diante do exposto, conheço do recurso, e lhe dou provimento. Condeno o recorrido ao pagamento de custas e honorários advocatícios, fixados em 10% do valor atribuído à causa devidamente atualizada."

Após o voto da eminente Relatora pedi vista dos autos por se tratar de um caso típico de aplicação de direitos fundamentais às relações privadas - um assunto que, necessariamente, deve ser apreciado sob a perspectiva de uma jurisdição de perfil constitucional.

O tema versado nos presentes autos tem dado ensejo a uma relevante discussão doutrinária e jurisprudencial na Europa e nos Estados Unidos. Valho-me aqui de estudo por mim realizado constante da obra "Direitos Fundamentais e Controle de Constitucionalidade - Estudos de Direito Constitucional", sob o título "Eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas", desenvolvido com base em conferências proferidas no curso de Pós-Graduação da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, em 20/10/1994, e no 5º Encontro Nacional de Direito Constitucional (Instituto Pimenta Bueno) - Tema: "Direitos Humanos Fundamentais", em 20/09/1996, USP/SP.

No aludido ensaio, teço as seguintes considerações sobre o tema:

"A questão relativa à eficácia dos direitos fundamentais no âmbito das relações entre particulares marcou o debate doutrinário dos anos 50 e do início dos anos 60 na Alemanha. Também nos Estados Unidos, sob o rótulo da 'state action', tem-se discutido intensamente a aplicação dos direitos fundamentais às relações privadas.

É fácil ver que a doutrina tradicional dominante do Século XIX e mesmo ao tempo da República de Weimar sustenta orientação segundo a qual os direitos fundamentais destinam-se a proteger o indivíduo contra eventuais ações do Estado, não assumindo maior relevância para as relações de caráter privado. Dos dois direitos fundamentais com notória eficácia para os entes privados (art. 118, 1, 1. período - liberdade de opinião; art. 159, 2. período - liberdade de coalizão) extraiu-se um *argumentum e contrario*.

Um entendimento segundo o qual os direitos fundamentais atuam de forma unilateral na relação entre o cidadão e o Estado acaba por legitimar a idéia de que haveria para o cidadão sempre um espaço livre de qualquer ingerência estatal. A adoção dessa orientação suscitaria problemas de difícil solução tanto no plano teórico, como no plano prático. O próprio campo do Direito Civil está prenhe de conflitos de interesses com repercussão no âmbito dos direitos fundamentais. O benefício concedido a um cidadão configura, não raras vezes, a imposição de restrição a outrem.

Por essa razão, destaca Rűfner que quase todos os direitos privados são referenciáveis a um direito fundamental:

'Os contratos dos cidadãos e sua interpretação, abstraída a jurisprudência do Tribunal Federal do Trabalho, não despertavam grande interesse. O problema da colisão de direitos fundamentais coloca-se também aqui de forma freqüente: a liberdade de contratar integra os direitos fundamentais de desenvolvimento da personalidade (*freie Entfaltung der Persönlichkeit*) e de propriedade. Por isso, ela deve ser contemplada como

elemento constitucional na avaliação jurídica dos contratos. O estabelecimento de vínculos contratuais com base na autonomia privada relaciona-se, pois, com o exercício de direitos fundamentais. Exatamente na assunção de obrigações contratuais reside uma forma de exercício de direitos fundamentais que limita a liberdade para o futuro. A livre escolha de profissão e o seu livre exercício são concretizados dessa forma. O livre exercício do direito de propriedade consiste também em empregar a propriedade para fins livremente escolhidos. A livre manifestação de opinião e a liberdade de imprensa, a liberdade religião e a liberdade artística não são realizáveis sem a possibilidade de livre assunção de obrigações por parte dos cidadãos. Até mesmo a liberdade de consciência não está isenta de vinculações contratuais.'

Também o postulado de igualdade provoca problemas na esfera negocial.

O Estado, que, com os direitos fundamentais, assegura a liberdade do cidadão, não pode retirar essa liberdade com a simples aplicação do princípio da igualdade. O engajamento político e religioso integra o livre exercício do direito de propriedade e o livre exercício do direito de desenvolvimento da personalidade. A liberdade de testar é integrada pela liberdade de diferenciar por motivos políticos ou religiosos.

Assim, em face dos negócios jurídicos coloca-se a indagação sobre a sua própria validade como resultado de eventual afronta ou contrariedade aos direitos fundamentais.

É certo, por outro lado, que na relação entre cidadãos não se pode tentar resolver o conflito com a afirmação - duvidosa já na relação com o Poder Público - de que 'in dubio pro libertate', porque não se cuida do estabelecimento de uma restrição ou limitação em sentido estrito.

Canaris observa que o reconhecimento de que os direitos fundamentais cumprem uma tarefa importante na ordem jurídica não apenas como proibição de intervenção (direito de defesa), mas também como

postulados de proteção, contribui para explicitar a influência desses postulados no âmbito do direito privado.

Sob o império da Lei Fundamental de Bonn engajou-se Hans Carl Nipperdey em favor da aplicação direta dos direitos fundamentais no âmbito das relações privadas, o que acabou por provocar um claro posicionamento do Tribunal Superior do Trabalho em favor dessa orientação (*unmittelbare Drittwirkung*).

O Tribunal do Trabalho assim justificou o seu entendimento:

'Em verdade, nem todos, mas uma série de direitos fundamentais destinam-se não apenas a garantir os direitos de liberdade em face do Estado, mas também a estabelecer as bases essenciais da vida social. Isso significa que disposições relacionadas com os direitos fundamentais devem ter aplicação direta nas relações privadas entre os indivíduos. Assim, os acordos de direito privado, os negócios e atos jurídicos não podem contrariar aquilo que se convencionou chamar ordem básica ou ordem pública'.

Esse entendimento foi criticado sobretudo pela sua deficiente justificação em face do disposto no art. 1, III, da Lei Fundamental, que previa apenas a expressa vinculação dos poderes estatais aos direitos fundamentais.

Afirmou-se ainda que a eficácia imediata dos direitos fundamentais sobre as relações privadas acabaria por suprimir o princípio da autonomia privada, alterando profundamente o próprio significado do Direito Privado como um todo. Ademais, a aplicação direta dos direitos fundamentais às relações privadas encontraria óbice insuperável no fato de que, ao contrário da relação Estado-cidadão, os sujeitos dessas relações merecem e reclamam, em princípio, a mesma proteção.

É claro que o tema prepara algumas dificuldades.

Poder-se-ia argumentar com a disposição constante do art. 1, da Lei Fundamental, segundo a qual 'os direitos humanos configuram o

fundamento de toda a sociedade' (Grundlage jeder Gemeinschaft). Poder-se-ia aduzir, ainda, que a existência de forças sociais específicas, como os conglomerados econômicos, sindicatos e associações patronais, enfraquece sobremaneira o argumento da igualdade entre os entes privados, exigindo que se reconheça, em determinada medida, a aplicação dos direitos fundamentais também às relações privadas.

Esses dois argumentos carecem, todavia, de força normativa, uma vez que tanto o texto da Lei Fundamental, quanto a própria história do desenvolvimento desses direitos não autorizam a conclusão em favor de uma aplicação direta e imediata dos direitos fundamentais às relações privadas.

Em verdade, até mesmo disposições expressas, como aquela constante do art. 18, n. 1, da Constituição de Portugal, que determina sejam os direitos fundamentais aplicados às entidades privadas, ou do Projeto da Comissão Especial para revisão total da Constituição suíça (art. 25) - Legislação e Jurisdição devem zelar pela aplicação do direitos individuais às relações privadas - Gesetzgebung und Rechtsprechung sorgen dafür, dass die Grundrechte sinngemäss auch unter Privaten wirksam werden [atualmente já incorporado à Constituição suíça, desde 2000, no art. 35 (3), com a seguinte redação: 'Die Behörden sorgen dafür, dass die Grundrechte, soweit sie sich dazu eignen, auch unter Privaten wirksam werden.'], não parecem aptas para resolução do problema.

A propósito da fórmula consagrada na Constituição portuguesa, acentua Vieira de Andrade que 'se é certo que aí se afirma claramente que os preceitos constitucionais vinculam as entidades privadas, não se diz em que termos se processa essa vinculação e, designadamente, não se estabelece que a vinculação seja idêntica àquela que obriga os poderes públicos'.

Em verdade, ensina Dürig que uma aplicação direta dos direitos fundamentais às relações privadas poderia suprimir ou restringir em demasia o princípio da autonomia privada. Portanto, é o próprio sistema de direitos fundamentais, ensina o notável constitucionalista tedesco, que autoriza e

legítima que os indivíduos confirmam aos negócios de direito privado conformação não coincidente com tais direitos.

Idêntica orientação é adotada por Konrad Hesse, que destaca serem as relações entre pessoas privadas marcadas, fundamentalmente, pela idéia de igualdade. A vinculação direta dos entes privados aos direitos fundamentais não poderia jamais ser tão profunda, pois, ao contrário da relação Estado-cidadão, os direitos fundamentais operariam a favor e contra os dois partícipes da relação de Direito Privado.

Não se pode olvidar, por outro lado, que as controvérsias entre particulares com base no direito privado hão de ser decididas pelo Judiciário.

Estando a jurisdição vinculada aos direitos fundamentais, parece inevitável que o tema constitucional assumira relevo tanto na decisão dos tribunais ordinários, como no caso de eventual pronunciamento da Corte Constitucional.

Embora tenha rejeitado expressamente a possibilidade de aplicação imediata dos direitos fundamentais às relações privadas (*unmittelbare Drittwirkung*), entendeu o *Bundesverfassungsgericht* que a ordem de valores formulada pelos direitos fundamentais deve ser fortemente considerada na interpretação do Direito Privado.

Os direitos fundamentais não se destinam a solver diretamente conflitos de direito privado, devendo a sua aplicação realizar-se mediante os meios colocados à disposição pelo próprio sistema jurídico.

Segundo esse entendimento, compete, em primeira linha, ao legislador a tarefa de realizar ou concretizar os direitos fundamentais no âmbito das relações privadas. Cabe a este garantir as diversas posições fundamentais relevantes mediante fixação de limitações diversas.

Um meio de irradiação dos direitos fundamentais para as relações privadas seriam as cláusulas gerais (*Generalklausel*) que serviriam de

'porta de entrada' (Einbruchstelle) dos direitos fundamentais no âmbito do Direito Privado.

A referência a algumas decisões do Bundesverfassungsgericht pode contribuir para esclarecer adequadamente a orientação perfilhada pela Corte Constitucional alemã:

(1) Em 1950, o Presidente do Clube de Imprensa de Hamburgo, Erich Lüth, defendeu um boicote contra o filme 'Unsterbliche Geliebte', de Veit Harlan, diretor do filme 'Jud Süs', produzido durante o 3. Reich. Harlan logrou decisão do Tribunal estadual de Hamburgo no sentido de determinar que Lüth se abstinhasse de conchamar o boicote contra o referido filme com base no § 826 do Código Civil (BGB). Contra essa decisão foi interposto recurso constitucional (Verfassungsbeschwerde) perante o Bundesverfassungsgericht. A Corte Constitucional deu pela procedência do recurso, enfatizando que decisões de tribunais civis, com base em leis gerais de natureza privada, podem lesar o direito de livre manifestação de opinião consagrado no art. 5, 1, da Lei Fundamental. Os tribunais ordinários estariam obrigados a levar em consideração o significado dos direitos fundamentais em face dos bens juridicamente tutelados pelas leis gerais (juízo de ponderação). Na espécie, entendeu a Corte que, ao apreciar a conduta do recorrente, o Tribunal estadual teria desconsiderado (verkannt) o especial significado que se atribui ao direito de livre manifestação de opinião também nos casos em que ele se confronta com interesses privados;

(2) O pequeno jornal 'Blinkfüer' continuou a publicar a programação das rádios da República Democrática Alemã mesmo após a construção do muro de Berlim (13.08.1961). A grande editora Springer dirigiu, por isso, uma circular a todas as bancas e negócios de vendas de jornais, ameaçando-os com a suspensão de fornecimento de jornais e revistas caso continuassem a vender o jornal 'Blinkfüer'. Foram significativos os prejuízos sofridos pela publicação. A pretensão de caráter indenizatório formulada pelo jornal foi rejeitada pelo Bundesgerichtshof - BGH (Supremo Tribunal de Justiça). apreciando o recurso constitucional interposto pelo pequeno jornal,

entendeu o Bundesverfassungsgericht que a editora Springer não poderia valer-se de sua superioridade econômica para fazer prevalecer a sua opinião. As opiniões contrapostas deveriam concorrer em pé de igualdade, com recursos de caráter exclusivamente intelectual (*geistige Waffen*);

(3) No chamado 'caso Wallraff', um repórter, adotando uma identidade falsa, obteve um emprego como jornalista na redação do jornal sensacionalista 'Bild-Zeitung'. Essa experiência forneceu-lhe material para um livro. A ação movida pela empresa jornalística contra o repórter e seu editor foi rejeitada pelo Superior Tribunal de Justiça (Bundesgerichtshof). A Corte Constitucional acolheu, todavia, o recurso constitucional interposto contra a decisão, entendendo que 'entre as condições da função de uma imprensa livre pertence a relação de confiança do trabalho de redação', sendo lícita, fundamentalmente, a pretensão manifestada no sentido de impedir a publicação de informações obtidas mediante utilização de artifícios dolosos.

A orientação esposada pela Corte em todos esses precedentes parece sinalizar que, embora o Bundesverfassungsgericht extraia a eficácia dos direitos fundamentais sobre as relações privadas do significado objetivo destes para a ordem jurídica total, acaba ele por reconhecer efeito jurídico-subjetivo a essas normas.

Tal como enfatizado no 'caso Blinkfüer', se o juiz não reconhece, no caso concreto, a influência dos direitos fundamentais sobre as relações privadas, então ele não apenas lesa o direito constitucional objetivo, como também afronta direito fundamental considerado como pretensão em face do Estado, ao qual, enquanto órgão estatal, está obrigado a observar.

Assim, ainda que se não possa cogitar de vinculação direta do cidadão aos direitos fundamentais, podem esses direitos legitimar limitações à autonomia privada seja no plano da legislação, seja no plano da interpretação.

É preciso acentuar que, diferentemente do que ocorre na relação direta entre o Estado e o cidadão, na qual a pretensão outorgada ao indivíduo limita a ação do Poder Público, a eficácia mediata dos direitos fundamentais

Time: TOLSON
Vide:
Proc: Jason A. Calgano
Date: 07.07.05
Page:

FIEO-BIBLIOTECA



T01789